

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE
L'APPLICATION DU DROIT CIVIL
AUX
MUSULMANS D'ALGÉRIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

J. BOULLIÉ

Avocat à la Cour d'Appel

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU
LE LUNDI 21 DÉCEMBRE 1896 A 1 HEURE

Président : M. Estoublon, professeur.

Suffrageants : { MM. Lainé, } *professeurs.*
 { Leseur, }

PARIS

LÉON CHAILLEY, ÉDITEUR

41, RUE DE RICHELIEU, 41

1896

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE
L'APPLICATION DU DROIT CIVIL
AUX
MUSULMANS D'ALGÉRIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

J. BOULLIÉ

Avocat à la Cour d'Appel

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU
LE LUNDI 21 DÉCEMBRE 1896 A 1 HEURE



Président : M. Estoublon, professeur.

*Suffrageants : { MM. Lainé, } professeurs.
 Leseur, }*

PARIS

LÉON CHAILLEY, ÉDITEUR

41, RUE DE RICHELIEU, 41

1896

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

PUBLIÉ AUX FRAIS
DE
L'UNION COLONIALE FRANÇAISE

A MES PARENTS



A MON PRÉSIDENT DE THÈSE

PREMIÈRE PARTIE

I

DE LA COLONISATION AUTREFOIS ET AUJOURD'HUI

Lorsqu'une nation civilisée a conquis définitivement un territoire qu'elle se propose de coloniser et que la période d'apaisement qui suit l'établissement de son autorité est arrivée, elle doit se préoccuper de la conduite à venir vis-à-vis des habitants du pays conquis. Selon les époques, selon les mœurs des nations conquérantes, beaucoup de systèmes ont été employés, depuis la colonisation pacifique par le commerce des Phéniciens, jusqu'à la substitution intégrale du vainqueur au vaincu telle que l'ont pratiquée les Anglais.

Rome poursuivit pendant près de trois siècles l'œuvre économique des Phéniciens. Le protectorat (1), a été le principal instrument de la domination romaine; c'est surtout grâce à ce régime de

1. Engelhardt, *Les Protectorats romains*.

commandement mixte et de tolérance relative que Rome a soumis le monde à son administration et à ses lois. Selon le mot que Suétone met dans la bouche d'Auguste, les peuples soumis étaient « membres » de l'Empire sans être des compatriotes, et quand un démembrement avait lieu, ils y étaient soumis.

« Les Romains, dit Bossuet, étaient toujours plus traitables, victorieux que vaincus. » En sauvegardant presque toujours l'autonomie des peuples subjugués, ils les gagnaient par la reconnaissance et la crainte puisant en eux-mêmes, tout en en réglant l'emploi les éléments de leur propre éducation matérielle et morale, épargnant ainsi leurs fonctionnaires et leurs armées.

On sait comment les Romains procédaient lorsqu'ils réduisaient un pays en province romaine : généralement ils imposaient leur alliance et les conditions de cette alliance étaient des « commandements » : les Romains, empruntant au droit leur dénomination, les qualifiaient de « lois », *leges datæ*. On les appelait aussi « formules », de même qu'au moyen âge les conventions de protectorat étaient des « capituli ».

Le premier engagement imposé aux *socii* portait sur remise des prisonniers et des déserteurs, cela sans aucune indemnité. Le butin devait être rendu et il

n'est guère de clause qui accuse plus ostensiblement que celle-là l'humiliation du vaincu. (Voir notamment le traité avec Carthage après Zama.) Un tribut annuel était stipulé, témoignage durable de l'abaissement de ceux qui s'étaient inclinés devant la majesté du peuple romain. L'allié devait fournir un certain contingent de troupes et, le plus souvent, il abandonnait une portion plus ou moins étendue de son territoire, soit que le Sénat ou l'Empereur en disposât au profit d'un autre allié, soit qu'il formât un nouvel état ou créât une colonie de citoyens romains destinée à contenir les populations rebelles. Comme conséquence de cette union non seulement l'allié n'était pas libre de faire la guerre sans la permission des Romains mais il devait soumettre à leur arbitrage les différends qui pourraient s'élever entre lui et d'autres alliés.

A côté de ce système les Romains ont employé l'isolement par lequel ils interdisaient à l'allié de contracter mariage et d'acquérir des immeubles en dehors de leur territoire : les Latins les premiers avaient éprouvé les rigueurs de ce système. Ou bien par un procédé inverse Rome multipliait les liens de dépendance des souverains amis vis-à-vis du pouvoir suprême. Elle se réservait notamment le droit de disposer de leurs successions et même de leurs enfants : Suétone rapporte qu'Auguste donnait

des tuteurs aux fils mineurs des princes fédérés qu'il faisait élever à Rome (1).

Enfin il arrivait que par la formule de prise de possession, les Romains laissaient aux vaincus leur religion, leurs institutions et leurs biens moyennant le paiement d'un tribut : les habitants du pays conquis conservaient toute leur indépendance, ils auraient pu se croire heureux de l'avènement de l'autorité de Rome s'ils n'avaient eu à subir un proconsul rapace et tout le personnel de parasites qui l'accompagnaient dans le but d'exploiter le pays. Ce gouverneur étant général, juge et revêtu d'un pouvoir politique sans contrôle effectif devenait même législateur au moyen des édits consulaires qu'il publiait en entrant en charge pour indiquer la façon dont il entendait rendre la justice. Naturellement ces édits s'inspiraient du droit Romain de sorte que les règles qu'ils posaient tendaient à ramener les lois civiles des vaincus à celles des vainqueurs, jetant ainsi les bases d'une sorte d'assimilation. C'est ainsi que Jules César, après la bataille de Thapsus et la chute de Juba I^{er} en 46 av. J.-C. fit de la Numidie une province romaine et lui donna l'historien Salluste pour gouverneur (2).

1. Engelhardt, ouvrage cité.

2. Robe, *La Propriété immobilière en Algérie*.

L'œuvre des Phéniciens et des Romains fut très intéressante à cause de la position même de la Méditerranée d'où rayonnèrent jusqu'à l'Inde et la Chine d'une part, la Grande-Bretagne d'autre part les influences civilisatrices. Mais il n'y eut pas dans l'antiquité de révolution coloniale comparable à celle que causa la découverte des Amériques trouvées sur le chemin de l'Asie orientale que l'on cherchait. Portugais et Espagnols croyaient pouvoir suppléer aux voies des caravanes soit en traversant l'Atlantique, soit en doublant l'Afrique.

Grâce à leur situation géographique unique au monde, l'Espagne et le Portugal semblaient être appelés à devenir les premiers colonisateurs et les plus puissants. Malheureusement, le résultat n'a pas été en rapport avec ces prévisions : M. Leroy-Beaulieu (*La Colonisation chez les peuples modernes*) attribue la cause essentielle de décadence de l'empire portugais à l'abus de l'administration directe par l'Etat, l'excès des monopoles, en un mot l'absence des libertés commerciales. Nous pensons avec M. Marcel Dubois que « ce ne sont pas l'adop-
« tion de mesures prohibitives et la recherche du
« monopole qui ont fait échouer la plupart des entre-
« prises du Portugal... mais le pays se trouvait en
« lui-même trop pauvre d'argent pour subvenir
« longtemps aux frais de si graves et si lointaines

« expéditions ; en même temps il avait sur une
« petite surface, une population insuffisamment
« dense pour fournir seulement des garnisons à
« des postes même jalonnés de distance en
« distance : et le Portugal se heurta précisé-
« ment à l'Inde, grande terre où la vie foisonne,
« mais il s'y heurta surtout à la base de la muraille
« la moins franchissable, au pied des Ghates occi-
« dentales ».

Les Espagnols aussi peu riches d'hommes et d'argent, ont essayé l'assimilation de la race inférieure à la race supérieure par le mariage et la religion ; ce système a été suivi par eux dans leurs colonies d'Amérique, mais nous ne pensons pas que les résultats en aient été bien remarquables, nous n'en voulons que Cuba pour exemple.

Les Hollandais comme les Portugais devaient échouer dans l'Inde faute de disposer d'assez de troupes et de capitaux. La façon dont furent traitées celles des conquêtes qui étaient des pays de production montre bien que les Hollandais les considéraient comme des propriétés qu'eux seuls avaient le droit d'exploiter et cela par tous les moyens. Ces moyens n'étaient pas moins péremptaires qu'aux mines du Brésil et de l'Amérique espagnole : pas un grain de girofle ou de poivre qui ne fût cultivé sans un ordre et seulement pour être cueilli et

vendu en Europe au profit de la richesse néerlandaise (1).

Les Anglais n'éveillèrent que vers la fin du xvi^e siècle leur vocation maritime et coloniale, dès que leur union politique fût accomplie. L'Angleterre n'a jamais suivi systématiquement tel ou tel mode de colonisation ; les procédés anglais ont, au contraire, changé au gré des circonstances et des intérêts de la métropole.

C'est ainsi qu'ils ont pratiqué impitoyablement le refoulement des indigènes dans l'Amérique du Nord et dans l'Australie, par exemple. Dans un même pays ils ont employé des politiques différentes : dans l'Inde, par exemple, nous les voyons asservir les vaincus à la manière des Hollandais, réduire les indigènes à un état de quasi-servage pour en faire des instruments d'exploitation, et à côté de cela laisser à certaines parties des habitants leur gouvernement ancien en se contentant d'en surveiller les chefs ; ils établissent de la sorte une espèce de protectorat en dominant les peuples par leurs souverains qui sont leurs créatures, qu'ils nomment et révoquent à leur gré : beaucoup de rajahs indiens sont ainsi soumis à la domination anglaise (2).

Rarement les Anglais laissent les indigènes gou-

1. Marcel Dubois, *Systèmes coloniaux et Peuples colonisateurs*.

2. Sir John Strachey, *L'Inde* (traduction Harmand).

verner sans contrôle leur pays une fois conquis. Les colonies dites « responsables » qui ont en quelque sorte une autonomie propre, se gouvernent elles-mêmes sans autre trait d'union avec la métropole qu'un gouverneur armé seulement d'un droit de veto, mais elles n'existent qu'autant que l'élément anglais a acquis un développement suffisant pour former un lien moral capable de rattacher solidement la colonie à la métropole. Mais lorsque à côté de l'élément européen on trouve un élément indigène plus ou moins considérable, l'intervention de la métropole devient nécessaire. Dans ce cas, si l'élément blanc est assez important, on place la colonie sous le système dit « représentative », qui consiste en ce que ce sont les colons qui exercent le pouvoir législatif, tandis que c'est la métropole qui détient le pouvoir administratif; dans le cas contraire, les colonies sont rattachées à la métropole : ce sont les colonies dites de la Couronne.

Enfin à côté de ces systèmes, on trouve celui des « chartered companies » qui sont un moyen de conquête plutôt qu'un moyen d'administration « une sorte d'écran, de rideau, qui dissimule l'action britannique », et le régime des « protectorates » pour les pays récemment annexés.

En France, les systèmes de colonisation ne sont pas aussi variés : à l'heure actuelle nous ne connais-

sons que deux systèmes principaux : l'annexion et le protectorat. Dans le premier cas, on applique directement au pays les lois de la métropole, quitte à les modifier par des décrets ; avec le système des protectorats on laisse aux indigènes leur gouvernement, sauf contrôle de la métropole. Mais le caractère dominant de toute tentative de colonisation faite par la France consiste dans l'idée élevée que nous nous faisons de cette opération : pour nous, coloniser ne veut pas dire seulement s'emparer d'un pays pour donner aux nationaux du pays conquérant un moyen de faire fortune, cela signifie aussi porter dans le pays conquis les lumières de la civilisation européenne ; coloniser c'est élever le niveau intellectuel et moral des indigènes, en faire en quelque sorte nos pairs, en un mot les assimiler à nous.

Ce n'est pas à dire que ces idées aient toujours existé. En Algérie, par exemple, pays où nous avons aujourd'hui des idées si libérales vis-à-vis des indigènes, le refoulement a été impitoyablement pratiqué. Mais il faut reconnaître que cette mesure barbare n'a été employée par la France qu'avec répugnance : le caractère généreux de notre race s'y opposait, sans parler de notre intérêt, qui nous interdisait de nous priver d'un auxiliaire puissant, la main-d'œuvre indigène.

Ainsi donc, aujourd'hui, c'est vers l'assimilation

des indigènes que tendent tous nos efforts ; après la conquête matérielle du pays c'est sa conquête morale que nous devons entreprendre. Pour cela il ne faut heurter les indigènes ni dans leurs lois, ni dans leurs mœurs, ni dans leur religion, surtout chez les musulmans où ces institutions sont unies par des liens si étroits ; il faut au contraire essayer de les faire entrer peu à peu dans notre civilisation en la mettant à la portée de ceux dont nous avons entrepris de relever le niveau intellectuel et moral : nous allons essayer de démontrer par un exemple, en recherchant les moyens d'appliquer le droit civil aux indigènes musulmans d'Algérie, qu'une œuvre semblable n'est pas impossible à accomplir.

II

L'ALGÉRIE AVANT LA CONQUÊTE FRANÇAISE

S'il est au monde un pays qui fut convoité de ses voisins et fut en butte aux incursions des peuples étrangers, c'est certainement cette partie de l'Afrique qui correspond aujourd'hui à l'Algérie et à la Tunisie. Lorsqu'au VII^e siècle (1) les Arabes pénétrèrent pour la première fois dans ces contrées, ils y trouvèrent une population à laquelle ils donnèrent le nom de Berbères (bredouilleurs). Ces Berbères sont les descendants d'une race d'envahisseurs qui, deux mille ans avant Jésus-Christ, chassèrent du nord de l'Afrique une population que les Romains appelaient Ethiopienne. Carthage et Rome eurent tour à tour leur moment de puissance en Algérie et en Tunisie. Vers le V^e siècle les Vandales accoururent d'Espagne et à ceux-ci les Byzantins succédèrent un siècle plus tard. La domination byzantine ne dura

1. Robe, *Origine de la propriété immobilière en Algérie*.

pas cent ans : vers 620 les indigènes se révoltèrent et les Byzantins furent obligés de se cantonner dans le pays de Carthage et de Suffétala; mais le pays ravagé par la guerre était appauvri c'était partout le désordre, l'anarchie, la faiblesse. C'est en cet état de chose qu'arrivèrent les premières bandes de la première invasion arabe, vers le milieu du vi^e siècle, sous le commandement d'Abdallah-ben-Saad. Dès lors l'Ifrikia fut parcourue par des armées de Syriens peu nombreuses mais bien disciplinées, pillards qui se retiraient aussitôt après leurs campagnes vers Kairouan, Gabès ou la Cyrénaïque. Les Berbères, divisés par leurs dissensions, ne surent pas résister à ces incursions; quelque temps ils purent se rallier autour d'une femme, la Kahena, Jeanne d'Arc berbère, qui pendant douze ans fit triompher leur indépendance. Mais son autorité fut méconnue au milieu même de ses victoires et finalement les Arabes soumirent les Berbères, race pleine de courage, mais indisciplinée, et par là vouée au joug de ses conquérants.

A partir de ce moment (1) les Arabes se fixent définitivement en Afrique pour prêcher l'Islamisme et imposer la foi nouvelle aux populations envahies : les indigènes étaient idolâtres, ils accueillirent la nou-

1. H. Pensa, *Le Code spécial de l'indigénat en Algérie.*

velle religion et devinrent bientôt aussi fanatiques que les Arabes. Mais les Berbères les considéraient toujours comme des ennemis : l'esprit de secte provoqua bientôt de nouvelles collisions. Un fanatique de l'Aurès se mit tout d'un coup à prêcher le Kharedjisme, doctrine qui voulait que les Khalifes fussent pris parmi tous les musulmans et non pas seulement dans la descendance du Prophète comme le voulaient les Chiaïtes. Les Berbères répondirent à son appel pour protester contre les étrangers. Battus encore une fois ils se révoltaient à nouveau, à la voix d'Abou Abdallah Mohammed, apôtre du Chiaïsme, et cette fois, Ibrahim, gouverneur de l'Afrique pour le Khalifat, fut vaincu et obligé de quitter le pays. De l'invasion des Arabes il ne subsistait qu'un fait : l'établissement de l'Islamisme, mais, cela sans que la religion coranique touchât aux mœurs des habitants primitifs et à leurs traditions, preuve que le Mahométanisme peut exister à côté de coutumes et de lois que le Prophète n'a point prescrites.

Vers la fin du xvr^e siècle, les Turcs, profitant de l'affaiblissement de la dynastie des princes berbères vinrent les remplacer. C'est entre leurs mains que nous avons trouvé l'Algérie en 1830. Pendant près de trois siècles les Turcs furent maîtres de la régence d'Alger et pendant tout ce temps on ne

constate aucune fusion entre eux et les indigènes. Du reste les Turcs venus en Algérie étaient peu nombreux, ce n'étaient guère que des soldats et des fonctionnaires qui formaient la corporation appelée « Odjaq ». L'Odjaq était une sorte d'oligarchie militaire qui ne connaissait que le sabre comme moyen de gouvernement (1). C'est à ce tempérament soldatesque des Turcs qu'est due l'immobilité des institutions juridiques de l'Algérie. En effet, si l'on compare la situation de ce pays avec celle de la Tunisie, on s'aperçoit que du caractère agricole et industriel de ses habitants est née une institution qui n'existe pas en Algérie ; nous voulons parler du Vouzera (2), institution civile d'où sont sorties des lois humaines nécessitées par les circonstances, à côté

1. Le mot *Odjaq* signifie mot à mot cheminée, que l'on a traduit par extension par chambre, prenant la partie pour le tout : ce mot désigne une chambrée de soldats. L'Algérie était gouvernée par les Janissaires turcs, institution analogue à la garde prétorienne romaine, d'où sortaient toutes les fonctions.

2. Il nous faut ici préciser le sens du mot *Vouzera*. Ce mot, que l'on écrit d'habitude *Ouzara* (voir les ouvrages : *La Tunisie*, — *La Tunisie*, par Narcisse Faucon, — *La législation en Tunisie*, par Bompard, etc., etc.) est traduit par tous les auteurs qui l'écrivent ainsi par « Tribunal laïque ». Il est impossible que cette traduction soit bonne, car, en droit musulman, rien n'est *laïque*, tout est *religieux* : il faut bien se pénétrer de cette idée.

Etymologiquement, voici ce qu'est le *Vouzera*. C'est, grammaticalement, le pluriel du mot « vizir », mot à mot portefaix, par extension celui qui porte le fardeau de l'Etat, d'où, au pluriel, *Vouzera*, c'est-à-dire administration civile, par opposition à l'administration militaire, l'Odjaq.

du Chaara (1) tribunal religieux où la loi sacrée dont le Coran et le Sounnète sont les sources principales, règne en maîtresse absolue.

Les Turcs (2) cependant s'unirent aux femmes indigènes et de ces unions naquirent des métis, les Coulouglis sur lesquels les Turcs trop peu nombreux s'appuyèrent en fondant des colonies militaires sur plusieurs points du territoire judicieusement choisis, sous le rapport politique et stratégique. A ces postes avancés les Turcs avaient ajouté certaines tribus qu'ils avaient gagnées à leur cause par la concession de quelques privilèges, de sorte que cette milice auxiliaire répandue sur tous les points de l'Algérie formait un redoutable réseau dont les mailles enlaçaient le reste de la population indigène. La seule partie de la population qui fût réellement à craindre, c'étaient les Kabyles, descendants des anciens Berbères. C'étaient des montagnards d'un caractère indépendant qui ne désiraient rien conquérir mais voulaient à tout prix conserver leur liberté. Les Turcs n'exigeaient d'eux que de faibles tribus, et à l'aide de marabouts vénérés et

Il faut donc l'appeler non pas laïque, mais civile (*siyassi*, plur. *mehaqim siyassiyé*), c'est-à-dire qui n'est pas militaire.

(Communications de Savvas-Pacha.)

Le *Vouzera* a été créé, il y a 230 ans, par un bey tunisien.

1. Le mot *Chaara* vient de *chér* (cherif), et signifie loi sacrée, de *chér*, loi.

2. Léon Roches, *Trente-deux ans à travers l'Islam*.

de chefs influents qu'ils pensionnaient, ils obtenaient aisément ce résultat.

Ainsi des Turcs, des Coulouglis, des Arabes et des Kabyles, tels étaient les habitants de l'Algérie au moment de la conquête, telle était la situation ethnographique. Au point de vue moral et administratif (1), la domination de l'Odjaq avait créé un état de choses presque voisin de la barbarie : les indigènes n'avaient pas même un nom, ne savaient même pas leur âge, ne pouvaient établir leur identité faute d'état civil ; ils n'avaient recours dans leurs litiges qu'à la justice le plus souvent vénale des cadis jugeant d'après des commentaires souvent obscurs du Coran, selon le rite auquel ils appartenaient. Ils étaient soumis à un système d'impôts barbares et sans unité ; l'enseignement public se réduisait à la récitation machinale et abêtissante du Coran écrit dans une langue qu'on ne parle pas en Algérie et que ne comprenaient pas les élèves. Enfin ils étaient soumis à une religion qui peut passer pour la plus formidable machine de guerre qui ait été dressée contre la civilisation occidentale.

Voilà quel était l'état moral de ce peuple que nous avons entrepris de doter d'un régime d'administration civile destiné dans notre pensée à l'ache-

1. Burdeau, *L'Algérie en 1891*.

miner vers une assimilation complète, à nos mœurs, à nos idées, à nos lois. Ainsi que nous l'avons dit plus haut, l'Algérie était inférieure au point de vue de l'organisation économique et sociale à sa voisine la Tunisie. Les Tunisiens, peuple libre et travailleur, avaient une organisation foncière, ils possédaient une loi humaine à côté de la loi divine, le Vouzera à côté du Chaara. Ils étaient donc beaucoup plus facilement assimilables puisqu'ils étaient déjà civilisés.

Dès le début de la conquête, bien des fautes furent commises, et il ne pouvait guère en être autrement, car personne ne connaissait le pays que la victoire avait placé entre nos mains, personne ne savait ce que la France voudrait faire de l'Algérie. Si l'on avait eu plus d'expérience, on n'aurait certes pas commencé par bannir les Turcs et par se poser en protecteurs des Arabes. En effet, après notre victoire les rôles étaient intervertis : les Turcs étaient battus, c'étaient eux, les anciens oppresseurs, que les Arabes massacraient à Mascara, assiégeaient à Tlemcen, c'étaient leurs milices auxiliaires qu'on attaquait de tous les côtés. Mais on chassa les Turcs, on dédaigna les ouvertures des Coulouglis. Non seulement cette faute nous fit perdre un moyen de dominer très facilement le pays d'une manière indirecte mais elle coupa brusquement le fil de toutes les traditions

gouvernementales et administratives puisque tous les emplois étaient occupés par des Turcs. On se trouva en face d'un peuple à diriger sans avoir la moindre notion de ce qui se faisait à cet égard avant notre arrivée. Les choses allèrent même si loin qu'on raconte que lorsqu'une fontaine cessait de couler on ne pouvait arriver à la réparer, l'*amin el aïoun* (chef des fontaines) ayant été chassé comme les autres fonctionnaires turcs.

Il est évident que la France ne devait pas adopter comme modèle définitif à suivre le système gouvernemental ottoman, mais c'était un moyen de transition qui nous permettait de gouverner le pays par le pays, et nous laissait tout le temps de la réflexion relativement à la marche qu'il serait convenable de suivre plus tard.

Au lieu de cela la France fit preuve d'une indécision vraiment extraordinaire, due certainement à l'origine toute accidentelle de notre établissement en Afrique ; on y venait venger une insulte on n'y venait pas créer une colonie, d'où les nombreux tâtonnements de notre installation en Algérie. De plus les Chambres françaises pendant toute la première partie du règne de Louis-Philippe furent hostiles à l'occupation définitive de l'ancienne régence : les économistes la déconseillaient et le maréchal Bugeaud lui-même est resté jusqu'en

1837 un partisan convaincu de l'évacuation (1).

La conquête de l'Algérie dura à peu près jusque vers 1845 ; pendant tout ce temps ou à peu près l'élément militaire fut investi de tous les pouvoirs ; c'était parfait le pays n'étant pas entièrement occupé. A partir de cette époque on voit apparaître la division de l'Algérie en trois provinces et chacune d'elles en trois zones de territoire : civil, arabe et mixte. Le territoire civil était régi par des services administratifs civils ; dans le territoire mixte ces fonctions étaient remplies par les autorités militaires ; enfin le territoire arabe était exclusivement soumis au régime militaire.

La République de 1848 tenta d'assimiler complètement la colonie à la métropole. A cette époque le général La Moricière écrivait que « le moment lui paraissait enfin venu de réaliser d'une manière « décisive le vœu, si souvent manifesté, d'une assimilation largement progressive ».

On donna au territoire civil plus d'extension, on maintint le gouverneur général civil créé en 1845, l'autorité militaire fût représentée par un gouverneur militaire et à Paris par le ministre de la guerre. En 1858 l'Empire créa un ministère de l'Algérie et des Colonies : le gouverneur général était remplacé

1. Paul Leroy-Beaulieu, *L'Algérie et la Tunisie*.

par un ministre résidant à Paris. Le chef de l'armée perdait toute attribution civile. Ce ministère disparut en 1860 pour faire place à un nouveau gouverneur général : les autorités civile et militaire étaient dans cette organisation absolument indépendantes l'une de l'autre. Un décret du 7 juillet 1864 changea cet état de choses et subordonna tout à nouveau à l'autorité militaire. « On retombait ainsi, dit M. Paul « Leroy-Beaulieu, plus que jamais dans le régime « militaire dont l'ombre seule suffit pour exaspérer « les colons et éloigner les émigrants. Une colonie « vit autant de réputation que de réalité, la fa- « cheuse renommée du régime militaire suffisait « pour arrêter le développement de l'Algérie ».

Les événements de 1870, l'esprit républicain qui régna dès lors changèrent à nouveau cet état de choses. Le principe électif s'étendit partout : on nomma des députés et des sénateurs algériens ; le gouverneur général prit le titre de civil et la direction des affaires civiles fut rattachée au ministère de l'Intérieur. L'élément civil était à nouveau séparé de l'élément militaire, et depuis il en a toujours été ainsi.

Dans tout ceci que faisait-on des indigènes ? Il est certain que jusqu'en 1845, la question n'était même pas à étudier ; la conquête matérielle du pays n'était pas encore achevée, c'était elle qu'il fallait

tout d'abord mener à bonne fin, et cela par la seule puissance de nos armes puisque nous avons dédaigné les ouvertures des Coulouglis, ainsi que nous l'avons exposé plus haut. Mais à partir de ce moment la France avait à accomplir une autre conquête, bien autrement difficile et plus lente que celle qu'on venait d'effectuer ; à côté de la conquête matérielle, nous devions faire la conquête morale du pays (1).

Dès 1847, le maréchal Bugeaud demandait l'assimilation des indigènes. A cette époque, il écrivait en effet : « Nous devons tendre par tous les moyens « possibles à nous assimiler les Arabes, à modifier « graduellement leurs mœurs. En leur rendant « notre joug tolérable nous affaiblirons beaucoup « chez eux l'esprit de révolte. Pour atteindre ce « but, il ne faut pas selon nous *les mettre dans une « zone et nous dans une autre.....* Il nous paraît « infiniment plus sage de mêler les indigènes à « notre société et de les faire jouir de tous les « avantages qu'elle comporte..... Nous voudrions « voir marcher de front la colonisation arabe et la « colonisation européenne. »

Ce programme si élevé de la « conquête morale » du peuple vaincu ne fut pas suivi ; on lui préféra le système barbare du refoulement sur lequel nous

1. Louis Vignon, *La France dans l'Afrique du Nord*.

aurons à revenir plus loin. Qu'il nous suffise de dire dès à présent qu'un pareil système ne pouvait amener que des résultats désastreux.

L'Arabe, incessamment refoulé, toujours plus incertain de recueillir le produit de ses peines, ne songeait aucunement à améliorer le sol; privé des terres labourables de sa tribu, ne pouvant lutter contre la sécheresse parce qu'on lui avait interdit la jouissance et même l'accès des cours d'eau, il recueillait à peine le blé nécessaire à sa subsistance et voyait chaque jour ses troupeaux diminuer ou disparaître; partout enfin ces mille souffrances entretenaient les haines de l'indigène contre le colon et creusaient, au lieu de le combler, l'abîme qui sépare les deux races.

Le sénatus-consulte de 1863 mit fin au système du refoulement et dès lors on n'a plus abandonné l'œuvre dont le maréchal Bugeaud réclamait l'exécution : l'assimilation des indigènes. Depuis cette époque trente-trois ans se sont écoulés et nous sommes malheureusement obligés de reconnaître que nous avons totalement échoué dans notre entreprise. Sans doute, notre domination a procuré aux indigènes d'importants bienfaits : l'occupation française maintient la paix entre les tribus qui sous le gouvernement de l'odja vivaient dans un état de guerre perpétuel; les colons européens fournissent

du travail aux indigènes, achètent leurs produits et ainsi augmentent leurs richesses ; ils leur enseignent par l'exemple les moyens de culture perfectionnés, nos ingénieurs leur tracent des routes et des voies ferrées. Malgré tout cela, malgré la paix profonde qui règne en Algérie, aucun rapprochement ne s'est opéré entre les deux races, les colons vivent dans leurs villages, les Arabes dans leurs douars.

L'obstacle auquel nous nous sommes heurtés consiste dans la religion : chez les Arabes, « la société est fille de la religion » (1). Tant que nous ne tiendrons pas compte de cet axiome, aucun rapprochement ne pourra s'effectuer entre les deux races. A l'heure actuelle, on le comprend parfaitement et l'on cherche par quels moyens on pourrait arriver à donner une solution au problème, qu'on a baptisé la question algérienne. Nos lois se sont toujours heurtées aux prescriptions du droit musulman ; est-ce à dire que celui-ci est immuable ? Nous essayerons de démontrer le contraire et c'est pour cela qu'il nous a semblé utile de rechercher quel est l'histoire de ce droit musulman qui nous fait échec, quelles sont ses sources, afin de faire sortir de cette étude même les éléments d'une tentative nouvelle d'assimilation.

1. Pétition des musulmans de Tlemcen contre le projet de naturalisation Martineau.

III

LE DROIT MUSULMAN (1).

Il est d'une vérité devenue banale que le droit musulman est essentiellement religieux ; l'humanité sémitique a vu naître dans son sein trois religions monothéistes : le Mosaïsme, le Christianisme et l'Islamisme.

Le Mosaïsme, outre la cosmogonie et la théodicée qui lui appartiennent a créé un code le deutéronome, qui règle les relations sociales. Le Christianisme ne touche en rien aux législations préexistantes. Le Christ s'est borné à prêcher une morale supérieure à celles qui jusque-là avaient dirigé l'humanité et si la morale chrétienne a eu quelque influence sur le droit mosaïque et le droit romain (droit prétorien) c'est seulement en vertu du principe de l'influence des religions sur la destinée des peuples. L'Islamisme a proclamé dès son début avoir mission

de fonder un système législatif nouveau destiné à régir une société « nouvelle et universelle ». La religion de Mahomet contient une législation complète, toute d'inspiration ; cette législation, assise sur la révélation, se distingue des autres par sa grande conformité avec la loi naturelle. Elle réunit dans un seul code tous les codes formant les législations modernes.

Le droit musulman tel qu'il existe aujourd'hui est sorti de quatre sources principales : le Coran, le Sounnète, l'opinion unanime et l'analogie légale.

1° *Le Coran* : Le Coran est le livre saint de l'Islamisme, c'est lui qui contient la parole de Dieu révélée par l'Ange à son prophète Mahomet. Il se compose de 132 chapitres, les sourates que tous les compagnons du prophète apprenaient par cœur. Dicté en entier pendant la vie du prophète il avait d'abord été écrit sur des papyrus, des os de mouton, des peaux ; la première édition en fut faite sous le khalifat d'Abou Bekr, successeur immédiat du prophète. Aujourd'hui le Coran est répandu dans de nombreuses éditions, mais suivant la croyance islamique, il ne peut exister la moindre variante entre tous les Corans répandus sur le globe.

2° *Le Sounnète* : Ce mot signifie partie visible d'une chose ou d'une action. Il désigne ici la conduite apparente, et non cachée ou douteuse du Pro-

phète. On a recueilli avec soin les dits, faits et gestes du Prophète, pour en former les « Hadis ».

3° *L'opinion unanime* (Idjma) : La troisième source du droit musulman est l'œuvre des successeurs immédiats du Prophète. Les Khalifes, suivant l'exemple de Mahomet lui-même, avaient établi des réunions composées de ceux qui avaient connu le Prophète afin d'établir avec leur aide le sens d'une parole, l'interprétation d'un acte du Prophète. Ces conciles étaient appelés « réunions du corps des croyants ». L'opinion unanime rendue dans ces conciles avait donc principalement pour but de faire connaître le Sounnète, d'en préciser le sens et la portée. Grâce à l'opinion unanime (idjma) on créait de nouvelles dispositions légales ou on modifiait les anciennes sans jamais se départir de la vérité révélée.

4° *Analogie légale* (Qiyas) : L'analogie légale est une opération juridique par laquelle on assimile un fait nouveau, ou connu mais non encore juridiquement apprécié à un autre fait déjà légalement qualifié. L'eau-de-vie, par exemple, était inconnue dans le Hedjaz et aucune des sources mères n'en prohibaient l'emploi ; les jurisconsultes de l'Islam l'assimilèrent au vin à cause de ses qualités toxiques et lui appliquèrent les dispositions légales contenues à ce sujet dans le Coran.

Telles sont les quatre sources principales du droit musulman. Les deux premières, le Coran et le Sounnète, sont les sources mères, elles émanent directement de Dieu. Les deux autres sont aussi principales mais s'appuient sur les deux premières, elles en précisent le sens et en déterminent les applications.

Au-dessous de ces quatre sources principales, il y a la jurisprudence (1) destinée à fixer les points douteux. Quatre jurisconsultes musulmans ont mérité le titre de « créateurs de législation », ont fait école et sont suivis de préférence chacun dans une province de l'Islam. Ce sont :

1° L'Imami Numan, fils de Thabit et père de la Hanifé (Ebou-Hanifé), surnommé le grand maître (Imami-Azam). Il est le chef de l'école Hanefite, c'est le plus puissant et le plus profond de tous les jurisconsultes musulmans : ce fut lui qui donna au droit musulman sa forme définitive. En même temps qu'il professait l'enseignement du droit il exerçait des fonctions analogues à celles du préteur. Assis dans une mosquée il donnait des avis doctrinaux basés sur des preuves islamiquement correctes à

1. Le mot jurisprudence n'est pas très exact ici ; il faudrait traduire l'œuvre des quatre imans par quelque chose d'analogue à *l'edictum perpetuum* des préteurs romains : c'est le droit prétorien des musulmans.

tous ceux qui faisaient appel à son savoir et créait par ce moyen des dispositions nouvelles vraies et inattaquables au point de vue de la vérité islamique. L'école Hanefite a prospéré dans l'empire Ottoman;

2° L'Imami Malik, chef de l'école Malekite, fils d'Enes compagnon du prophète. Son école est suivie par les habitants des villes saintes du Yémen, de Tripoli de Barbarie; il y a aujourd'hui des Malékites en Egypte, en Algérie et au Soudan;

3° L'Imami Chafi eut pour maître l'Imami Mohammed, disciple de l'Imami-Azam; son école est suivie en Egypte;

4° L'Imam Hambeli, chef de l'école Hambélite, doit sa renommée à la constance avec laquelle il défendit l'éternité du livre saint. Son école domine au Maroc et compte de nombreux sectateurs à Java.

Aucune dissidence importante n'existe entre les quatre Imans, en ce qui concerne les croyances fondamentales de l'Islam : le désaccord est sensible en ce qui concerne certaines pratiques religieuses et questions judiciaires. L'Imami Azam aidé de ses élèves forma le premier code mahométan. Plus tard chacun des trois autres chefs d'école fit le sien. Cette période se distingue dans l'histoire du droit par son caractère tout à fait spécial et exceptionnel : pour la première fois on vit une législation élaborée dans le temple par des hommes qui n'avaient ni ca-

ractère sacerdotal ni ce qui est plus étrange encore mission législative ou mandat officiel.

Ainsi donc, des quatre sources principales auxquelles il faut ajouter seize sources secondaires dont nous ne faisons que mentionner l'existence, par le travail des quatre Imans et de leurs disciples, sous le prophète et les quatre Khalifes justes, sous les Omméiades et les Abassides, s'est constitué le droit musulman. Comme nous venons de le voir il s'est formé par accroissements successifs : d'abord le livre de Dieu puis les exemples de Mahomet, ensuite les témoignages des trois générations islamiques des « compagnons », des « adeptes » et des « suivants » du prophète.

Le Coran a eu ses annotations et ses commentaires, « tefsir » ; on a recueillis les Hadis du prophète et on a composé des recueils d'avis doctrinaux, « fetava ». Ce sont comme autant de réservoirs, voisins, l'un du Coran, l'autre de Mahomet, le troisième des chefs des écoles, ou plus tard le préteur et le juge, le muphti et le cadi viendront puiser la sagesse, recevoir communication de l'esprit et lire la lettre de justice.

A ce moment, après la confection de ces grands recueils, on peut dire que le droit musulman est complet et pour employer une expression pittoresque dont se servent les musulmans, qu'on a

« fermé la porte de l'effort législatif ». Cependant, vers le VIII^e siècle de l'hégire, un jurisconsulte éminent, Sadri Cheria, conçut le projet ambitieux de former une cinquième école orthodoxe, de créer une nouvelle méthode législative. Il en fut empêché par un songe : pendant son sommeil il se trouva transporté dans un temple carré ayant quatre portes et au-dessus des portes quatre fenêtres. Un ange parut et le pria d'en percer une cinquième sans déranger l'harmonie de l'édifice. Sadri Cheria avoua son impuissance, et comprenant que ce temple était l'Islam et les quatre portes, les quatre écoles orthodoxes, il ferma lui-même la porte de l'effort (4).

Il ne faut pas conclure qu'à partir de cette époque il n'y eut plus de progrès législatif dans l'Islam ; l'effort législatif n'a jamais cessé et ne cessera pas de s'exercer, mais la jurisprudence seule continue à s'étendre, tandis que la doctrine est fixée, la méthode arrêtée, les règles posées, les procédés décrits. En un mot le droit musulman a son système. Le savant Ibni Abbedine, mort à Damas en

1. Mais il faut entendre par là seulement que Sadri Cheria avoua son impuissance à créer une cinquième méthode orthodoxe ; pour toutes les autres questions, l'effort était toujours en vigueur et la preuve, c'est que Sadri Cheria lui-même nous a laissé des fetava remarquables, dans lesquels il traite des questions nouvelles à son époque.

l'an 1298 de l'hégire a résumé en termes pittoresques l'histoire de la formation de ce droit :

« Le droit (fiqh) est une semence que le prophète obtint des trésors célestes et qu'il jeta en une terre fertile : le cœur de ses compagnons. Le produit de cette semence, les vérités législatives, fut moissonné et déposé en lieu sûr par un de ses compagnons, Abdoullah, ibn Messaoud. Plus tard Hamads'occupa à débarrasser les grains de la paille c'est-à-dire à séparer les vérités incontestables des questions douteuses. L'Imami Azam analysa tout. Il a élucidé toutes les questions, il a étudié tous les détails et les modalités, il a converti le grain en farine. L'Imami Mohammed en a fait, comme un habile boulanger, des pains, c'est-à-dire il a divisé et classé l'ensemble des matières étudiées par le Maître en chapitres et en sections de chapitre. »

Sans doute on a publié depuis des traités sur l'Ossoul (théorie de la législation) comme le traité du célèbre Pezdevi, connu sous l'appellation de Fahr-ul-Islam (gloire de l'Islam) et le Miroir des Assises du Droit de Mola Hosrev, ainsi que sur le Fourou (application du droit par opposition à l'Ossoul) comme le Multeqa-ul-elbour (mot à mot : confluent des mers) œuvre du jurisconsulte Ibrahim Halebi et le Durer (perles choisies) de Mola Hosrev,

filz de Faramerez; mais tout cela n'est que littérature, aucun de ces jurisconsultes ne modifie le droit, ni dans son essence, ni dans sa méthode.

Est-ce à dire qu'il est impossible à l'heure actuelle de modifier en quoi que ce soit le droit musulman, et la théorie qu'on a appelé l'« Immobile Orient » serait-elle vraie? Beaucoup d'esprits et des meilleurs pensaient que c'était là la vérité : M. Zeys, ancien premier président de la Cour d'appel d'Alger, aujourd'hui conseiller à la Cour de cassation, dit à ce sujet :

« Notre droit (le droit français) est purement
« humain, les sources en sont humaines; il est
« l'œuvre perfectible des hommes et il ne s'applique
« qu'aux conflits matériels des hommes. Le droit
« musulman au contraire procède d'une révélation,
« d'où cette conséquence qu'il n'est susceptible
« d'aucun perfectionnement; il est condamné à
« l'immobilité parce qu'il a atteint aux yeux
« des fidèles, sa complète perfection le jour où il a
« été promulgué. Les enseignements du prophète,
« transmis et complétés par ses compagnons, par
« les disciples de ces derniers, codifiés par les qua-
« tre fondateurs des écoles orthodoxes, com-
« mentés par les jurisconsultes anciens et moder-
« nes, telle est la source du droit islamique...
« Comment espérer une conciliation entre deux

« éléments aussi opposés? D'une part une législa-
« tion d'origine divine sur laquelle le dogme a une
« influence dominante; de l'autre, une législation
« d'origine terrestre évitant avec soin tout ce qui
« est du domaine exclusif de la conscience. Ces rai-
« sons suffisent pour montrer que l'abîme qui les
« sépare est profond, il est superflu de rappeler
« combien nos procédés scientifiques diffèrent de
« ceux des Orientaux, combien leurs mœurs, leurs
« coutumes, leurs besoins s'éloignent des nôtres. »
(*Traité du Droit musulman*, t. I, p. ix).

Il est certain que le savant auteur que nous venons de citer a raison s'il entend par le mot « il (le droit musulman) n'est susceptible d'aucun perfectionnement » parler seulement des *bases* du droit musulman; en effet les deux sources mères ne sont pas susceptibles de modifications. Mais nous cessons d'être d'accord avec lui lorsqu'il prétend que cette législation a atteint son complet perfectionnement : pour nous, modifier les bases du droit musulman est impossible ce serait aux yeux des mahométans commettre le crime d'impiété, mais l'enrichir n'est pas défendu, au contraire. Nous ne pensons donc pas que la théorie de M. Zeys soit la bonne, et pour le démontrer nous invoquerons à l'appui de notre dire l'autorité de Savvas-Pacha, ancien ministre des affaires étrangères de Turquie qui a sou-

tenu cette thèse dans sa remarquable étude du droit musulman.

Nous puiserons d'abord un premier argument dans la parole de Dieu lui-même : Le Prophète en effet a dit (chap, III, verset 5) :

« C'est Dieu qui t'a envoyé le Livre. Il s'y trouve
« des versets immuables qui sont comme la mère
« du Livre, et d'autres qui sont métaphoriques. »

Boukhari et Mouslim rapportent un entretien du prophète avec Moaz ibni Djebel, envoyé par lui avec pleins pouvoirs au Yemen, qui montre bien qu'il n'entraînait pas dans ses désirs que la loi musulmane ne fit aucun progrès :

« — Comment, dit le Prophète, jugeras-tu les dif-
« férends qui seront portés devant ton tribunal. —
« Moaz répondit : — En appliquant la parole de Dieu.
« — Et si tu n'y trouves pas de dispositions appli-
« cables au cas qu'on te soumettra ? — J'aurai alors
« recours à la conduite de son Prophète (Sounnète)
« — Et si elle ne te suffit pas ? ajouta le Prophète.

« — Alors je ferai l'effort législatif, répondit Moaz.
« Le prophète remercia Dieu d'avoir suscité des
« hommes capables de servir les intérêts de la vraie
« religion en rendant convenablement la justice
« dans les pays dont les habitants embrassaient
« l'Islamisme. »

Ainsi donc d'après la volonté de Mahomet lui-

même, le droit musulman ne doit pas rester stationnaire. Son histoire le prouve du reste surabondamment. S'il en avait été ainsi comment considérer comme orthodoxes les quatre écoles dont nous avons parlé plus haut et comment croire que le prophète eut admis et préconisé les deux méthodes qui constituent les sources dérivées du droit musulman, l'opinion unanime et l'analogie légale. Lorsqu'il conseillait à Moaz de se servir de l'effort le prophète n'entendait certes pas en fermer la porte un jour et lorsque Sadri Cheria le déclarait, il avouait seulement, nous l'avons dit, son impuissance à fonder une nouvelle école, mais ne déclarait nullement que le droit musulman n'était pas perfectible. Quelque soin que les jurisconsultes de l'Islam aient mis à examiner les questions dont la solution peut interresser la société dans les rapports de ses membres les uns avec les autres, il est difficile que certaines de ces questions ne leur aient échappé. Elles devraient donc rester sans réponse si la porte de l'effort était à tout jamais fermée.

Le Coran est un ensemble de solutions formulées avec une ambigüité et une concision telles qu'on en a pu faire de nombreux commentaires. Il y a dans le Livre de Dieu des solutions si contradictoires ou du moins qui paraissent telles que chaque opinion parvient à trouver des textes à l'appui de son dire.

Et même lorsqu'une théorie est nettement établie, n'arrive-t-il pas chaque jour qu'on soit obligé de la modifier, chaque théorie n'admet-elle donc pas des dérogations à ses principes?

D'ailleurs, on peut trouver dans l'application même du Coran, dans les siècles passés et jusqu'à notre époque, des preuves de la perfectibilité du droit musulman. Il nous suffira pour le prouver de citer l'exemple suivant : la Turquie est un pays où les épidémies meurtrières font de nombreux ravages. On n'y connaissait pas l'institution des quarantaines dont l'introduction dans la législation musulmane était devenue une nécessité. Le sultan Mahmoud réunit les savants de son empire et les pria de les faire entrer au nombre des prescriptions du droit islamique. Que firent ces savants? Ici nous citons les paroles de Savvas-Pacha.

« Il trouvèrent dans la parole de Dieu l'ordre qui
« prescrit à l'homme de ne pas entrer dans le mal
« s'il est hors du mal. Ils trouvèrent également dans
« la conduite du khalife Eumer une preuve qui
« répondait exactement à la question posée par le
« souverain. Le Kalife avait arrêté dans sa marche
« vers Damas une expédition qui avait déjà fait une
« grande partie de la route parce qu'il avait appris
« que des cas de peste avaient été observés dans
« cette ville. Le sultan Mahmoud institua donc les

« quarantaines dans son empire en pleine conformité avec la volonté de Dieu. »

Du reste la religion coranique absolument stricte n'a pas été la seule pratiquée dans le monde musulman. Nous avons parlé plus haut du Kharedjisme qui mit l'Afrique du Nord à feu et à sang et qui fut accepté par tous les Berbères, musulmans pourtant convaincus. Aujourd'hui la Perse porte le deuil de son souverain, assassiné par un membre d'une secte qui compte de nombreux adeptes, nous vous avons nommé les Babis. Et sans aller si loin, nous pouvons citer le Vouzera, institution juridique civile que les Tunisiens admettent fort bien à côté des pures doctrines de Mahomet. Les Kabyles (1) sont

1. On prétend que les Kabyles ont été chrétiens; cela n'est pas prouvé, mais, ce qu'il y a de certain, c'est qu'ils n'ont pas fait du Coran la règle immuable de leur vie civile; ils n'en ont guère retenu que les préceptes religieux. « Ils font bon marché, disent MM. Hanoteau et Letourneux (*La Kabylie et les coutumes kabyles*), de la loi civile fondée sur le Coran, disant que ces prescriptions ont été faites pour un pays très différent du leur, et pour des populations qui n'avaient pas leurs besoins ». — Les sources du droit kabyle sont :

1° Le Coran (et le Sounnète probablement), qui règle souverainement tout ce qui touche à la religion, mais n'intervient en droit civil que dans le silence de la coutume ;

2° La coutume (aada) se transmettant par tradition orale : en effet, les Kabyles n'ont pas d'écriture. M. Masqueray soutient que la langue kabyle est celle des Touareg, qui sont des Berbères comme eux; mais ils ne connaissent pas l'écriture targuie (caractères cunéiformes). — L'aada règle les questions relatives au statut personnel, à la transmission de la propriété qui n'existe qu'à l'état privé chez eux, aux réglementations des con-

d'excellents musulmans, mais ils ont gardé les coutumes qui leur venaient des Romains et de tous les autres peuples qui ont séjourné tour à tour dans leur pays. Citons enfin les Mzabites qui soutiennent que leur rite « ibadite » bien que non orthodoxe est la pure expression de la doctrine islamique (1).

Nous croyons donc pouvoir dire hardiment que la loi musulmane n'est pas immuable et que la théorie de l'Immobile Orient est devenue lettre morte. Puisqu'elle est modifiable, cette loi n'est peut-être pas une machine aussi formidable qu'on a bien voulu le dire et peut-être pourrait-on, grâce à ces idées nouvelles pour lesquelles Savvas-Pacha combat avec tant de vigueur, arriver à un résultat meilleur que celui que nous avons obtenu depuis soixante-cinq ans dans notre colonie d'Algérie.

trats. — On retrouve dans ces coutumes beaucoup de souvenirs du droit romain, notamment dans le régime successoral ;

3° L'usage local (*arf*), c'est l'adaptation à la coutume des usages de chaque village ou ville kabyle.

L'*aada* et l'*arf* sont conservés dans un recueil, parfois écrit en langue arabe, qui s'appelle le *Kanoun*. Ils sont essentiellement modifiables.

4. L'énumération de toutes les sectes musulmanes serait beaucoup trop longue pour que nous l'entreprenions ici. Bornons-nous à citer encore, en Perse : les Sunnites et les Chiites. Dans l'Algérie seule, nous pouvons mentionner huit sectes principales : les Senousiya, les Rahmánya, les Taïbya, les Qadrya, les Tidjanya, les Chadelya-Derqaoua, les Hansalya et les Aïssaoua.

(Rinn, *Marabouts et Khouans*.)

IV

LE CORAN ET LE CODE CIVIL

Comme nous le disions à la fin du chapitre précédent, les résultats de notre tentative d'assimilation des indigènes d'Algérie ont été nuls; nous avons pu les soumettre, mais nous n'avons pu parvenir à nous faire aimer d'eux. Et encore leur soumission n'est-elle qu'apparente; pour eux nous sommes les « maîtres de l'heure » auxquels ils cèdent parce qu'ils sont les plus forts. Mais qu'un conflit européen éclate, que la France paraisse s'affaiblir et nous les verrons aussitôt, comme en 1871 sous l'instigation de Bou-Amema, essayer de chasser ceux qu'ils considèrent comme leurs oppresseurs : les Français, les Roumis.

Une opinion assez répandue a voulu voir la cause de notre échec dans la résistance qu'opposent les musulmans à toute idée de progrès. Nous ne pensons pas que cette théorie soit exacte. Sans remonter au moyen âge où la civilisation arabe brilla d'un si vif

éclat, il nous suffira de prendre des exemples parmi les modifications provoquées dans le monde de l'Islam par l'influence des idées européennes. La Turquie fait chaque jour de nouveaux emprunts à notre science et à notre organisation. Ainsi depuis 1882, l'organisation ottomane a pour bases le principe de l'organisation judiciaire française avec la triple division, première instance, appel et cassation. Un des derniers ministres des affaires étrangères de Turquie était chrétien, nous l'avons nommé plus haut. En Égypte également des chrétiens se trouvaient parmi les conseillers d'Ismaïl-Pacha et si nous voulons remonter très loin nous trouverons qu'il y en avait aussi parmi ceux du Prophète.

De plus nous pouvons constater un très grand développement intellectuel et moral chez les peuples de l'Orient; Le Chatelier (*Les Musulmans au XIX^e siècle*) cite une revue scientifique : *El-Moktataf* dont les numéros contiennent souvent des articles qui feraient honorable figure dans beaucoup de nos revues scientifiques. En Égypte on constate l'établissement d'écoles primaires et supérieures qui instruisent plus de dix mille élèves entre les mains desquels se trouvent des traductions d'œuvres françaises, telles que l'Histoire de *Pierre le Grand*, *Charles XII* de Voltaire, l'*Histoire de la civilisation* de Guizot. Au Caire, il y a une école de

droit, une école de comptabilité et d'arpentage, une école d'égyptologie, une école polytechnique, une école des arts et métiers mécaniques, une école de pharmacie et même une école de sages-femmes. Tout ceci ne suffit même plus aux jeunes Egyptiens d'aujourd'hui qui viennent en Europe compléter leur instruction et leur éducation. En Tunisie et en Algérie, sans constater un désir de civilisation aussi avancé, on peut voir se manifester une évolution analogue : M. Paul Bourde, directeur du contrôle de la Tunisie, dans une étude sur les écoles franco-arabes de ce pays cite deux villes : Nefta et Tozeur où l'initiative d'une souscription pour faire les frais d'installation et obtenir plus vite l'ouverture de l'école française a été prise par la classe dirigeante indigène. En Algérie, nous voyons les Arabes se servir des facilités que notre civilisation leur donne pour les relations de chaque jour ; l'empressement avec lequel ils usent de nos chemins de fer et autres moyens de locomotion rapide l'atteste. Nos procédés de culture sont adoptés par eux et l'on peut citer en Kabylie à Dellys un syndicat agricole d'exploitation formé entre Européens et indigènes.

L'obstacle ne vient donc pas de l'incapacité des indigènes ; l'intelligence du musulman peut être amenée à un degré supérieur de culture, nous en

avons des exemples. Ce n'est donc pas dans l'aptitude morale des indigènes que consiste la pierre d'achoppement à laquelle nous nous sommes toujours heurtés, c'est dans leur « volonté ».

Pour eux nous sommes des infidèles, et pour eux, accepter nos lois de bon gré serait commettre un acte d'impiété. C'est donc dans la religion qu'il faut chercher la cause de notre échec. Chez eux « la société est fille de la religion », c'est la « mainmise de Dieu sur l'homme tout entier ». Tant qu'on ne tiendra pas compte de ce facteur essentiel, aucun rapprochement ne sera possible avec les indigènes, Nous n'en voulons pour preuve que ce passage d'une pétition signée de 1971 indigènes de Tlemcen contre une proposition de naturalisation générale faite aux Chambres par M. Martineau.

..... « Certes c'est là un noble but inspiré par les
« meilleures intentions. Nous en sommes profondément reconnaissants. Mais comme tous ces
« desseins contrarient notre foi, atteignent ce qui
« essentiel en nous..... nous ne donnons pas notre
« consentement à ces modifications projetées dans
« notre société... nous ne sacrifions pas notre
« religion. »

Ne pourrions-nous donc pas nous servir dans nos relations avec les indigènes de ce Coran même qui a été l'obstacle à tout rapprochement, user

contre eux des armes dont ils se sont servis contre nous?

Le droit musulman est modifiable, nous l'avons démontré plus haut, le Coran seul est immuable, car lui seul est un don de Dieu : il forme un cadre, dans lequel on peut faire entrer beaucoup de choses à condition de n'en point déranger l'harmonie. Le Coran est l'arche sainte à laquelle il faut bien se garder de déclarer la guerre : les Anglais aux Indes, n'ont-ils pas eu à réprimer de terribles insurrections parce qu'on avait dit que les cartouches distribuées aux cipayes étaient enduites de la graisse impure du bœuf ! Mais pourvu que, en pays islamique, l'on n'aille pas contre le Coran, il est possible de faire adopter en se plaçant sous son égide toute vérité juridique ou autre au musulman le plus convaincu. Un exemple nous en donnera la preuve :

Quand les musulmans arrivèrent en Syrie, ils se trouvèrent en présence d'une convention qu'ils ignoraient, le louage, et comme elle était très pratiquée il en résultait des contestations qui rendirent nécessaires, afin de ne pas soumettre les mahométans à une justice non islamique, ce qu'interdit le Coran, l'introduction de ce contrat dans le droit musulman. C'est ce que firent les jurisconsultes de cette époque : assimilant la vente de l'utilité de

cette chose à la vente elle-même, transaction prévue par le Coran, ils tirèrent de cette analogie les éléments juridiques de la location.

Rien ne nous empêche d'agir comme les savants de Syrie et du moment que les Arabes ne réclament qu'une chose, le respect de leur religion, donnons-leur cette satisfaction et prouvons-leur que nous ne voulons que devenir leurs amis, non seulement en ne touchant pas à leur dogme fondamental, mais en essayant de la faire cadrer avec nos lois et nos idées.

Le Coran, cette source de législation de tout code islamique, qui traite indifféremment de toutes les questions, ne les a pas envisagées comme ayant toutes la même importance, et la jurisprudence elle-même n'a pas suppléé à toutes les lacunes du livre saint. En prenant comme point de comparaison avec notre droit civil, les matières traitées à ce point de vue par l'école malékite (1), qui est la plus

1. Voici quelles sont, d'après le traité de droit musulman (école Malékite), de M. Zeys, les matières traitées par les jurisconsultes du rite le plus répandu en Algérie.

Livre I : *Du mariage et de sa dissolution.*

Livre II : *De l'interdiction* procédant de sept causes : enfance, folie, prodigalité, esclavage, insolvabilité, maladie, mariage pour la femme.

Livre III : *Des contrats.* — Vente, prêt à consommation, compensation, nantissement, insolvabilité, transaction, délégation, cautionnement, société, mandat, aveu, aveu de paternité, aveu de parenté, dépôt, commodat, usurpation, trouble, revendication, retrait d'indivision, partage, commandite, bail à colonat

répandue en Algérie, nous arriverons rapidement à découvrir qu'on peut diviser en trois groupes les vérités légales traitées par l'un et l'autre droit.

1° Celles dont le droit musulman ne parle pas du tout : réglementation de l'organisation foncière, hypothèques, état civil et naturalisation ;

2° Celles qui sont traitées en droit musulman et en droit français suivant des principes analogues : ce sont le statut réel mobilier, les modes de disposition en général, les successions et les obligations ;

3° Enfin, les matières pour lesquelles chaque législateur a émis des idées qui lui sont propres, celles qui règlent le statut personnel.

Nous pourrions combler la lacune laissée dans le droit musulman par l'adaptation de lois européennes conformes au milieu auquel elles s'appliqueront, en complétant ainsi le droit musulman comme l'ont fait les jurisconsultes de Syrie ; pour le second groupe, il nous faudra tenir compte de l'état déjà existant et voir comment on pourrait codifier le droit français conformément aux prescriptions coraniques. Enfin, dans l'étude du troisième groupe, il faudra se préoccuper de savoir si

partiaire, bail à complant, louage, promesse conditionnelle, transports maritimes, de la terre morte, régime des eaux, de la chasse et de la pêche, de la vaine pâture, du habbous, donations, épaves, enfants trouvés.

Livre IV : *Testaments et successions*. — Tutelle testamentaire.

on a le droit de toucher aux mœurs et aux coutumes qui sont les principes directeurs de l'organisation des indigènes et si, cela étant, il y a un moyen qui permettra d'atteindre ce but.

Ce sont ces questions que nous voulons examiner dans trois chapitres correspondant aux trois divisions que nous venons de tracer ; nous examinerons dans chacun des cas ce qu'on a fait et les modifications que l'on peut apporter à l'état de choses qui existe actuellement en Algérie en nous servant comme point de comparaison de l'œuvre beaucoup plus jeune, mais bien plus avancée de la colonisation française en Tunisie.

DEUXIÈME PARTIE

DES MATIÈRES EXCLUES PAR LE CORAN

I

DE L'ORGANISATION DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE

Depuis soixante-cinq ans que nous sommes en Algérie, on réclame pour notre grande colonie un régime foncier : la terre est la principale, on pourrait presque dire l'unique richesse de l'Algérie. Comme sa voisine la Tunisie elle offrait à la colonisation des terres fertiles et son sol devait devenir le principal instrument de la richesse publique à condition de lui procurer en abondance les capitaux nécessaires à l'exploitation de ses ressources naturelles. Pour attirer et retenir ces capitaux il fallait assurer à tous les acquéreurs la facilité et la sécurité des transactions.

Cette facilité et cette sécurité étaient impossibles à assurer avec le système de propriété tel qu'il existait chez les musulmans lors de notre arrivée à Alger et cela n'a rien qui puisse surprendre si l'on songe que le sol de la régence d'Alger était occupé

par un peuple turbulent à la fois agriculteur, pasteur et guerrier, toujours prêt à s'insurger contre les Turcs où à se quereller de tribu à tribu. Lors de la capitulation d'Alger, le 5 juillet 1830, nous avons promis de respecter les propriétés des vaincus. Mais pour cela il fallait d'abord savoir quelles étaient ces propriétés, ce qui n'était pas très facile à établir.

Le Coràn en effet ne donnait sur le droit de propriété que des formules fort peu précises :

« A Dieu appartient tout ce qui est dans les cieux et sur la terre. » (Chap. x, versets 56, 67, 69. — Chap. iv, versets 125 et 169.)

« Tous les biens que nous avez reçus ne sont « qu'une jouissance temporaire. » — (Chap. XLII, verset 34) (1).

Le vague de ces expressions avait permis à certains historiens de soutenir que, puisque toute terre appartenait à Dieu, elle devait revenir à son représentant, et l'on en concluait qu'en Algérie toute terre appartenait à l'état français puisque c'était lui qui avait remplacé le gouvernement musulman. C'était évidemment exagéré, d'autant plus que le Prophète avait encore dit à ce sujet, dans un de ses hadis : « La terre morte appartient à celui qui la vivifie », ce que Sidi Khalil un éminent jurisconsulte de l'école

1. Traduction du Coran de Kasimirski.

malékite, commentait de la façon suivante : « La terre morte appartient au premier occupant; néanmoins si les traces de la première occupation sont effacées depuis longtemps, elle appartient à celui qui la fait revivre.] » Tout ceci revient à dire qu'en droit musulman la terre appartient à celui qui l'a cultivée le premier et que son titre sur le sol est la mise en valeur de celui-ci.

Quoi qu'il en soit, la terre à notre arrivée en Algérie (1) se divisait en plusieurs catégories : le « blad-el-Beylick » ou domaine de l'état, le « blad-el-Melk » ou terre des particuliers ; « le blad-el-Djemmaa » ou biens communaux, enfin le « blad-el-Habbous » ou domaine des établissements pieux. En dehors de ces différentes espèces de propriété on trouvait plusieurs sortes de droit réels comme la « cheffaa » sorte de retrait d'indivision qui consiste dans le droit pour tout propriétaire ou voisin de reprendre des mains d'un acquéreur étranger en le rendant indemne, ce que lui a vendu un autre copropriétaire, la « tsenia » sorte de vente à réméré, et la « rhania » espèce d'antichrèse, par laquelle un emprunteur remet son immeuble à son prêteur qui aura la faculté d'en jouir jusqu'à complet remboursement.

1. Robe, *La propriété immobilière en Algérie*; — Franck Chauveau, *Rapport au Sénat*, — Dareste, *La propriété en Algérie*.

On conçoit facilement la difficulté de la reconnaissance des terres en songeant que chez les musulmans il n'y avait pas d'état civil, qu'il était d'usage de considérer l'acte de notoriété comme un titre supérieur, qu'il n'existait pas de registres publics destinés à recevoir des conventions. De plus l'originalité du droit successoral, les règles du mariage, de la répudiation, de la tutelle, en un mot de tout ce qui touche au statut personnel ajoutaient encore à la complication de cet état de choses.

Enfin, il faut ajouter à tout cela, la tendance des indigènes à rester dans l'indivision, à ne faire que des partages provisionnels modifiables selon les circonstances. Cette indivision se continuait au delà de plusieurs générations et il n'était pas rare de voir une terre appartenant incontestablement à une seule personne au début, devenir la propriété indivise de deux à trois cents personnes descendant de cet auteur commun. Ce sont ces grandes indivisions qu'on appellera plus tard « propriétés collectives ».

Telle était la situation à notre arrivée en Algérie ; il y eut à ce moment dans tous le pays un agiotage immense : les indigènes vendaient tout ce qu'on leur demandait, même les biens habbous, espérant sans doute que le lendemain les débarrasserait des envahisseurs et l'acquéreur européen ignorant de la

langue et des traditions du peuple conquis achetait sans garantie ni titre sérieux.

Le gouvernement français se préoccupa de cet état de choses et essaya de l'enrayer. C'est ce qu'on a appelé la période des arrêtés et ordonnances :

1^o Arrêté du 8 septembre 1830. — Il déclare biens du domaine public les propriétés du beylick, c'est-à-dire celles qui avaient appartenu au dey, au beys, aux Turcs sortis de la régence ;

2^o Arrêté du 1^{er} mars 1833. — On prescrit à tous les propriétaires, détenteurs, tenanciers, ainsi qu'aux corporations religieuses de déposer dans un délai à déterminer à la direction des domaines les titres en vertu desquels ils possédaient pour y être examinés par une commission spéciale. Faute d'opérer le dépôt les biens seraient remis au domaine de l'état par application de l'art. 713. C. Civ. ;

3^o Arrêtés du 28 octobre 1836 et du 10 juillet 1837. — On interdit les transactions entre indigènes et européens.

Tout ceci ne suffisant pas à arrêter la crise immobilière résultant de l'agiotage des terres, le maréchal Bugeaud, alors gouverneur de l'Algérie réunit une commission dans le but d'étudier les questions algériennes. Le premier acte qui sortit des travaux de cette commission fut l'ordonnance du 1^{er} octobre 1844.

« L'ordonnance que j'ai l'honneur de soumettre
« ici à la sanction de Votre Majesté, disait le maré-
« chal Soult dans le rapport au roi qui précède
« cette ordonnance, a pour objet essentiel de faire
« cesser les situations douteuses, d'épurer et de
« fixer ou de garantir les droits immobiliers. »

Cette ordonnance qu'on a surnommée « la Charte de la propriété algérienne » avait un triple but : 1° Protection des acquéreurs européens contre certaines revendications résultant du système de la loi musulmane ; 2 Sécurité absolue pour les acquisitions portant sur les biens habbous ; 3° Application de la juridiction de droit commun toutes les fois qu'un européen serait en cause. Elle créait un territoire de colonisation, le territoire civil à côté du territoire militaire. Cette ordonnance omettait une reconnaissance générale des terres de colonisation pour en fixer les titres et l'assiette de la propriété et séparer le domaine de l'état du domaine particulier. Il fallait une reconnaissance de ces terres pour compléter l'ordonnance de 1844. C'est le but que s'est proposé d'atteindre celle du 21 juillet 1846.

Elle obligeait tout Européen ou indigène qui se prétendait propriétaire de terres situées dans le périmètre de colonisation à faire sa revendication dans un délai déterminé aux bureaux de l'adminis-

tration des domaines avec remise des titres. On faisait une enquête à ce sujet et si les titres étaient reconnus suffisants le conseil rendait une décision qui valait titre de propriété, définitif et opposable à tous. En cas de contestation sur le droit réclamé, les tribunaux civils statuaient. L'application de cette ordonnance fut brusquement interrompue par les événements de 1848, époque à laquelle 300.000 hectares à peine avaient été constitués et reconnus selon cette réglementation.

La loi du 16 juin 1851 reprit l'œuvre des ordonnances, la tâche du législateur était parfaitement indiquée. Il fallait : 1° Codifier les règles de la propriété algérienne; 2° reprendre l'œuvre de la reconnaissance de la terre en améliorant l'ordonnance de 1846. Ces idées apparaissent dans chaque ligne du rapport de M. Didier sur cette loi. Nous lisons, en effet, dans ce rapport :

« Il faut étendre à l'Algérie les principes généraux de la législation qui constitue en France le
« domaine public et le domaine de l'état et qui
« accorde à la propriété toutes les sûretés qui
« entourent la propriété de la mère patrie. »

Plus loin, l'honorable rapporteur loue l'ordonnance de 1846 d'avoir « ordonné une vérification
« générale par voie administrative des titres de
« propriété rurale, vérification qui aurait produit

« ce grand bienfait de purifier un grand nombre
« de titres incertains et douteux et de restituer la
« mobilité et la vie à des terrains considérables. »
Malheureusement les bonnes intentions des légis-
lateurs ne furent pas mises à exécution. La loi
déclare bien que la propriété est inviolable « sans
distinction entre les possesseurs indigènes et les
possesseurs français ou autres », que l'on reconnaît
au profit des particuliers des tribus ou fractions de
tribu les droits de propriété ou de jouissance tels
qu'ils existaient au moment de la conquête ou tels
qu'ils ont été réglés et constitués postérieurement,
mais elle termine en disant que « l'ordonnance du
21 juillet 1846 ne continuera à être appliquée que
pour les opérations actuellement commencées ». Nous
avons vu plus haut quel avait été le résultat
de ces opérations, c'est dire assez combien fut
minime le résultat de la loi de 1851 puisqu'elle
déclare qu'on ne constituera plus.

Toutefois, cette loi fut célèbre dans les annales
foncières de l'Algérie car elle donna naissance à
une théorie inconnue jusque-là. D'après l'article 14
de la loi, « aucun droit de propriété ou de jouis-
sance portant sur le sol du territoire d'une tribu ne
pourra être aliéné au profit de personnes étran-
gères à la tribu (1). » M. Didier déclarant dans son

1. La faculté d'acquérir ces droits était réservée à l'état seul.

rapport que la plupart du temps « la propriété est collective ou même elle appartient à l'état et les tribus n'en ont que l'usufruit », on en avait conclu que les tribus n'avaient que la jouissance précaire du sol dont la nu-propriété appartenait au beylick. L'état français successeur du beylick avait donc les mêmes droits que lui, il pouvait donc à son gré reprendre les territoires dont il avait la nu-propriété.

Cette théorie faisait parfaitement l'affaire des partisans des concessions de terre gratuites et qui regrettaient la déclaration de 1830; aussi fit-elle fortune dans l'opinion vulgaire et donna-t-elle naissance à une polémique qui amena le triomphe momentané du système dit du cantonnement.

C'est à cette occasion que naquit la théorie à laquelle nous avons fait allusion plus haut, à savoir la distinction entre les terres « arch » et les terres « melk ». La terre « arch » (de arch, tribu) serait celle dont la propriété appartenait à la tribu et la jouissance à ses membres et à laquelle s'applique l'article 14. La terre « melk » restera ce qu'elle avait toujours été, ce sera la propriété privée possédée soit par une seule personne soit par indivision.

M. Robe, dans sa savante étude *De la Propriété immobilière en Algérie*, s'élève contre cette théorie en disant que : « Les tribus ne constituant pas une

« unité civile, il ne pouvait pas y avoir de propriété
« de tribu » terre arch. Que de plus « le sol ainsi
« indiqué et caractérisé serait bien plutôt un sol
« qui appartiendrait à l'état et que les tribus où
« leurs habitants cultiveraient comme de simples
« tenanciers. De sorte que l'appellation qui con-
« viendrait serait celle de terre beylick ou doma-
« niale, et non terre arch. »

Cette opinion a eu crédit et dans tous les travaux législatifs postérieurs à la loi de 1851 on voit paraître une nouvelle catégorie de terres, la terre arch. Nous pensons qu'à l'heure actuelle cette idée a été abandonnée, à en croire tout au moins le rapport de M. Franck Chauveau sur la nouvelle loi foncière algérienne qui est en ce moment soumis au Sénat.

A la suite de cette polémique on proposa deux systèmes absolument opposés pour régler l'établissement de la propriété indigène :

1° Ne laisser aux possesseurs que les surfaces nécessaires à leurs besoins, le surplus devant être remis à l'état, véritable propriétaire du tout : c'est le cantonnement qui triompha un moment;

2° Régler le droit de propriété selon les titres et la possession.

Le premier de ces systèmes faillit être adopté sur la proposition d'une commission nommée le 29 mai

1861 par le maréchal Pélissier, alors gouverneur général de l'Algérie. C'est à cette époque que l'empereur Napoléon III fit en Algérie un voyage resté célèbre. Il en revint avec des idées favorables pour les indigènes et dans une lettre au maréchal, datée du 6 février 1863, lettre qui qualifiait assez malheureusement l'Algérie de « royaume arabe » il se déclara pour la constitution du droit de propriété indigène selon les titres et la possession. Le projet de cantonnement fut dès lors retiré et remplacé par le sénatus-consulte du 22 avril 1863. Cet acte législatif n'avait trait qu'aux territoires de tribus, à ceux qu'on appelait terrains arch. Il proclamait « les tribus de l'Algérie propriétaires des territoires dont elles avaient la jouissance permanente et traditionnelle à quelque titre que ce fût. » (Art. 1.)

D'après l'article 2 on devait « procéder administrativement » et dans le plus bref délai : 1° à la « délimitation des territoires des tribus ; 2° à leur « répartition entre les différents douars de chaque « tribu du Tell et des autres pays de culture avec « réserve des terres qui devront conserver le caractère de biens communaux ; 3° à l'établissement de « la propriété individuelle entre les membres de « ces douars partout où cette mesure sera reconnue « possible et opportune.

L'article 6 abrogeait la partie de l'article 14 de la

loi de 1851 dont nous avons déjà parlé en déclarant que néanmoins, la propriété individuelle au profit des membres des douars ne pourra être aliénée que du jour où elle aura été régulièrement constituée par la délivrance des titres.

Un décret réglementaire du 23 mai 1863 pour l'exécution du sénatus-consulte prescrivit l'établissement de la matrice foncière de chaque douar, divisant ces territoires en quatre catégories : biens beylick, biens melk, biens communaux et terrains collectifs de culture. Ces deux derniers étaient formés par les soi-disant terrains arch qui prenaient le nom de biens communaux lorsqu'il s'agissait d'un sol de dépaissance et de terrains collectifs de culture lorsqu'il s'agissait de terrains de culture possédés par grande indivision.

En résumé le sénatus-consulte de 1863 proclama le droit privatif des indigènes pourvu que la possession à l'état indivis ou individuel fut permanente et traditionnelle ; toutes les surfaces qui n'étaient pas possédées dans ces conditions devaient revenir à l'état comme biens vacants et sans maîtres. Le sénatus-consulte vint rassurer les indigènes en leur donnant une haute idée de notre esprit de justice et d'équité, car la déclaration de propriété qui en est l'essence consacrait un état de fait préexistant que beaucoup avaient méconnu jusque-là. Pour tou-

tes ces populations indigènes, le droit privé acquis par la possession permanente et traditionnelle était une application du verset du Coran : « La terre morte appartient à qui la vivifie ». Au milieu de toutes les incertitudes d'origine, le législateur en avait fait un titre à l'égard de l'état, suivant en cela l'exemple des législateurs de notre première révolution alors qu'il s'est agi de liquider et de régler le droit de propriété tel qu'il était reconnu par les réformes de 1789.

L'application du sénatus-consulte fut défectueuse : les commissions qui en furent chargées ne s'appliquèrent qu'à séparer les terres collectives de culture des groupes melk et beylick, de sorte que le sol melk resta comme auparavant dans l'indivision, sans fixité, continuant à être livré à l'équivoque des titres et de l'obscurité de la famille indigène. Les opérations furent interrompues brusquement par les événements de 1870.

A partir de cette époque des idées toutes différentes ont cours ; on s'insurge contre l'idée du royaume arabe, on veut traiter l'Algérie comme une province française considérant les Arabes comme une quantité négligeable. Ces idées dominent la loi du 26 juillet 1873 qui fut promulguée sous l'inspiration du D^r Warnier, alors représentant de l'Algérie à l'Assemblée nationale.

Cette loi peut se résumer ainsi : assimilation de la propriété algérienne à la propriété française. — Constitution immédiate de la propriété individuelle.

Le législateur abandonnant la terminologie employée dans les lois précédentes déclare qu'il n'y a plus que deux catégories de terres; celles de l'état et celles des particuliers. Mais il divisait ces dernières en terres de propriété privée et en terres de propriété collective et lorsqu'on demanda au rapporteur de la loi, M. Warnier, ce qu'il entendait par propriété collective, il répondit que c'était la propriété appartenant par indivis à plus de deux familles tandis que la propriété privée ne devait être que le bien d'un individu, d'une famille ou de deux familles au plus. Mais qu'était-ce qu'une famille? On peut citer en Algérie la famille Ben-Yaya qui compte 300 membres, auquel faut-il s'arrêter? De plus cette division en propriété possédée par moins ou plus de deux familles est absolument arbitraire et en tous les cas elle n'a rien de juridique. A vrai dire la propriété collective dont parle la loi de 1873 n'est autre que la terre collective de culture, celle qu'on appelait terre arch. La terminologie seule avait été abandonnée, l'idée subsistait tout entière.

Voici maintenant les dispositions principales de la loi :

TITRE I. — « L'établissement de la propriété im-

« mobilière en Algérie, la conservation et la trans-
« mission contractuelle des immeubles et droits
« immobiliers, *quels que soient les propriétaires*,
« sont régis par la loi française. Sont abolis tous
« les droits réels, servitudes ou causes de résolu-
« tion quelconques, fondés sur le droit musulman
« ou kabyle qui seraient contraires à la loi fran-
« çaise (art. 1).

« Dans les territoires où la propriété collective aura
« été consacrée au profit d'une tribu ou d'une frac-
« tion de tribu par application du sénatus-consulte
« du 22 avril 1863, ou de la présente loi, la propriété
« individuelle sera constituée par l'attribution d'un
« ou plusieurs lots de terre aux ayants droit et par
« la délivrance des titres. La propriété du sol ne
« sera attribuée aux membres de la tribu que dans
« la mesure des surfaces dont chaque ayant droit a
« la jouissance effective ; le surplus appartiendra
« soit au douar comme bien communal, soit à
« l'État comme bien vacant ou en déshérence, par
« application de l'art. 4 de la loi de 1851 (art. 3).

« Le maintien de l'indivision est subordonné aux
« dispositions de l'art. 815 du C. Civ. (art. 4).

Il n'est point dérogé par la présente loi en statut
personnel ni aux règles des indigènes entre eux
art. 7).

TITRE II. — Il règle : « la procédure relative à la

« constatation de la propriété privée et à la constitution de la propriété individuelle ».

TITRE III. — Il contient des dispositions transitoires réglant les transmissions d'immeubles d'indigènes à Européens jusqu'à complète exécution de la loi.

Cette loi, que tout le monde considère aujourd'hui comme une véritable erreur, est critiquable à tous les points de vue :

D'abord elle laissait subsister les prescriptions du sénatus-consulte de 1863 ; les opérations de délimitation de territoire auraient par conséquent dû se poursuivre avant que l'on ne procédât à la répartition de propriété individuelle. Mais la loi de 1873 tout en conservant ce préalable nécessaire avait implicitement abrogé le sénatus-consulte dont elle laissa purement et simplement suspendue l'exécution, d'où une entrave à la constitution de la propriété individuelle et par conséquent aux transactions immobilières.

De plus on remarqua que l'art. 7 de la loi assurait à brève échéance la destruction de l'œuvre de la loi elle-même en laissant subsister le statut personnel et le régime successoral des musulmans ; les cessions, licitations et partages accomplis devant les cadis, conformément à la loi musulmane, devaient

avoir rapidement raison des titres français délivrés d'après la loi de 1873.

Enfin la soumission au régime foncier français des terres, appartenant à quelque propriétaire que ce fût, était absolument prématurée. Nous examinerons plus loin les motifs qui s'opposent à l'application de notre droit immobilier aux Arabes, il nous suffira de dire ici que l'obstacle à l'acceptation de ce régime ne résidait pas dans le droit musulman mais dans les mœurs des indigènes. Les Arabes sont accoutumés à la vie patriarcale, au groupement par familles, au travail et à l'exploitation de la terre en commun ; ce n'était pas une disposition législative qui pouvait changer comme un coup de baguette ces traditions et ces habitudes. Pour atteindre ce but désirable, il faudra amener les mœurs des indigènes à des modifications qui ne seront qu'une œuvre de longue haleine, et pour lesquelles le temps sera notre plus grand auxiliaire.

D'autres périls, beaucoup plus graves au point de vue politique, et même au point de vue de la sécurité de la colonie, étaient nés de la loi de 1873. L'article 4 de la loi permettait, conformément à l'article 815 du code civil, de demander le partage et la licitation des terres qui avaient été soumises aux opérations édictées par la loi ; c'était le bouleversement de toutes les coutumes d'autrefois. Tandis

que le droit de cheffaa assurait la conservation de la propriété dans la famille et dans la tribu, la loi nouvelle permettait au premier venu de faire mettre à l'encan le bien de tous en achetant la part d'un des copropriétaires, et cela pour des sommes absolument minimales, grâce au nombre considérable des copartageants auxquels devaient revenir des parts infinitésimales (1).

M. Burdeau, dans un rapport sur l'Algérie, en 1891, cite l'exemple suivant : « Dans un douar de
« 513 personnes, voisin de Mostaganem, et pos-
« sédant indivisément un assez pauvre domaine de
« 292 hectares, un chaouch (sorte d'appariteur
« faisant métier de rabatteur de clientèles) israélite,
« employé dans l'étude d'un avocat défenseur, achète
« pour une somme de vingt francs une part infini-
« tésimale de la propriété et réclame la licitation.

1. L'exposé des motifs de la loi du 28 avril 1887 cite quelques cas d'indivision pris dans les titres délivrés par le domaine dans le département d'Alger. Nous en extrayons les exemples suivants :

Douar de Tamexguida, commune de Médéah. — Titre 23, comprenant 8 parcelles d'une contenance totale de 51 hectares, 99 ares, 90 centiares, appartenant par indivis à 48 attributaires.

La plus forte est de $\frac{544.320}{6.531.810}$; la plus faible de $\frac{23.296}{4.257.984}$.

Territoire de Saint-Cyprien des Attafs. — Titre n° 27 : 7 parcelles d'une contenance totale de 135 hectares, 97 ares, 70 centiares, indivises entre 310 attributaires, la plus forte part étant de 0,066701, et la plus faible de 0,000099.

« Elle a lieu après avoir occasionné pour 10.944 fr.
« de frais, la procédure ayant été conduite par
« l'avocat défenseur et au profit de son étude. L'opé-
« ration avait été menée de main de maître, car
« les frais montaient juste au niveau de ce que pou-
« vait rapporter la vente de la propriété; celle-ci
« fut adjugée pour 80 francs. Et il s'est trouvé que
« l'acquéreur était lui-même un ancien clerc de
« l'avocat défenseur. »

De tels faits ne sont pas seulement odieux, ils portent atteinte à la sécurité de la colonie. Quel sentiment peuvent nourrir contre nous les 513 malheureux que nous venons de citer, dépouillés de tous leurs biens par les habiles manœuvres de spéculateurs malhonnêtes? Que veut-on que ces esprits simples aillent penser d'une loi qui autorise de pareils agissements? Sans doute on aura permis à un Européen d'acquérir de la terre à bon compte, à un autre de réaliser de gros bénéfices, mais en même temps on aura fait d'un groupe nombreux d'indigènes vivant autrefois paisiblement, sinon largement sur leurs terres, des mendiants et des vagabonds; on aura allumé dans leur cœur un foyer de colère et de rancune qui ne s'éteindra jamais.

Ce n'est pas tout : même lorsque les indigènes ne sont pas la proie des spéculateurs indécents, ils sont ruinés par les frais énormes qu'entraîne l'appli-

cation de la procédure française à ces indivisions. Certaines licitations ont coûté jusqu'à 12.000 francs et plus par suite de jugements de défaut profit-jouit, significations aux parties, reprises d'instances, etc. M. Dain cite l'exemple de la famille Ben-Yaya, composée d'environ 300 membres, et où le travail du commissaire-enquêteur avait trouvé 80 attributaires indivis. Le créancier de l'un d'eux demanda la licitation et le partage. La Cour refusa la licitation et sauva les indigènes de la ruine en faisant faire par experts un lotissement et une attribution en nature. Mais les frais dépassèrent 15.000 francs. Quel en eût été le montant si la licitation avait suivi son cours ?

Un tel état de choses ne pouvait manquer d'éveiller la sollicitude des pouvoirs publics. Une loi présentée par le gouvernement, en 1884, et promulguée le 28 avril 1887, eut pour objet de corriger quelques-uns de ces abus.

Cette loi ordonna l'achèvement de l'œuvre du sénatus-consulte et en simplifia la procédure (art. 2). — L'article 4 de la loi de 1873 fut modifié de la façon suivante : en cas de copropriété indivise entre plusieurs familles, les commissaires enquêteurs feraient la répartition entre ces familles des immeubles commodément partageables. Dans le cas contraire, on restait sous l'empire de la loi de 1873 (art. 3). —

Pour remédier à l'inconvénient de la substitution des actes des cadis aux titres français, l'article 4 décide « qu'il ne pourra être procédé que dans les conditions et les formes de la loi française aux cessions, licitations et partages de droits successifs portant sur des immeubles soumis à la loi du 26 juillet 1873. »

Les articles 6 à 11 organisent un système d'aliénations spéciales pour faciliter la vente des terres melk et celles qu'on appelait arch aux Européens. L'article 11 déclare que les immeubles appartenant aux indigènes pourront, après l'accomplissement des opérations du titre II de la loi de 1873 être partagés ou licités pour la première fois suivant des formes spéciales, à la requête de tout propriétaire tuteur ou curateur ou de tout créancier de l'un des copropriétaires. Les articles 12 à 20 règlent ces formalités spéciales.

Cette loi ne corrigeait pas autant qu'on voulait bien le dire la loi de 1873. Elle ordonnait bien l'achèvement de l'œuvre de 1863 mais le personnel recruté sans garantie suffisante était inférieur à sa tâche et bientôt l'on constatait qu'une grande partie des travaux était inacceptable et était à recommencer. — L'article 3 laissait subsister l'état de chose créé par l'article 4 de la loi de 1873 quand les immeubles n'étaient pas commodément partageables ; il

améliorait la situation des indigènes lorsque le partage était faisable en ordonnant un partage réel des immeubles. Mais alors il arrivait autre chose, c'est que le commissaire enquêteur pour faire ce partage bouleversait tous les arrangements des indigènes, préparait les titres et s'en allait sans se douter qu'aussitôt après son départ, chacun revenait à l'état antérieur sauf ceux qui espéraient retirer un avantage du nouvel état de choses et pouvoir pêcher en eau trouble.

La stérilité de l'entreprise a fini par frapper le gouvernement général qui a institué une commission pour étudier la question. Celle-ci a condamné le maintien de la loi de 1873-1887 et les services compétents adoptant cet avis déclarent que « le système suivi jusqu'à ce jour ne donne pas les résultats qu'on en peut désirer ». Aujourd'hui les lois 1873-1887 n'existent plus qu'en droit, elles ne continuent plus à être appliquées.

Le grand défaut des lois de 1873-1887 est d'être parties d'une idée erronée. Sans doute les intentions des législateurs étaient excellentes puisque la loi de 1873 avait pour but, selon les heureuses expressions employées par le général Chanzy de « faire « sortir la propriété indigène du chaos dans lequel elle était plongée; d'assurer à l'indigène la libre « disposition de ce qu'il possédait, de mettre les

« acquisitions européennes à l'abri des contestations et des procès. »

Mais on a eu le tort de croire qu'on pouvait franciser la propriété avant de franciser les hommes. L'idée même de la propriété, telle que l'ont faite chez nous le droit romain et de longs siècles de tâtonnements et de progrès est étrangère à l'esprit arabe. Ceux-ci, nous le disions tout à l'heure, sont habitués à la vie patriarcale, il leur faudra donc modifier cette manière d'être pour acquérir l'amour de la terre que nous trouvons chez le paysan français; et certainement cela arrivera le jour où l'Arabe aura compris les bienfaits de l'individualité de la propriété, où il saura que son labeur et ses soins ne profiteront qu'à lui-même ou à ses enfants. La propriété individuelle permet et facilite les transactions; elle attire les capitaux et encourage l'effort de celui qui possède. Elle fixera au sol l'indigène qui l'aura acceptée; elle transformera sa vie matérielle et morale, lui donnera des besoins nouveaux, le goût du travail et de l'épargne, le respect du bien d'autrui et contribuera puissamment à assurer la paix et la prospérité de la colonie. Il est certain qu'à ce point de vue on peut espérer des progrès beaucoup plus rapides des Kabyles chez qui l'indivision est presque inconnue. La propriété y est même morcelée à un tel point qu'on cite des

droits de propriété s'étendant sur une branche d'arbre, sans que pour cela l'arbre lui-même soit possédé en commun.

De plus le système foncier tel qu'il existe en France ne saurait constituer qu'un remède insuffisant apporté à l'état économique du pays. Même dans les cas où les formes primitives de possession collective et de culture en commun sont abandonnées pour faire place à la propriété privée, comme cela avait lieu en Tunisie avant notre protectorat et comme cela a lieu aujourd'hui encore chez les Kabyles d'Algérie, l'organisation foncière est par trop imparfaite. Le droit du propriétaire du sol est bien constaté mais cette constatation est faite à l'aide de titres rudimentaires fournissant des indications très peu précises sur les origines et la délimitation de la propriété et sur la condition juridique de l'immeuble. — Ensuite la législation musulmane admet un grand nombre de droits réels ou de charges occultes qui grèvent la propriété, en réduisent les avantages; outre l'existence de ces droits réels, l'acquéreur peut craindre, celle de droits de résolution fréquents résultant soit de la *tzenia* (vente à réméré), soit de la *rhanja* (sorte d'antichrèse). Enfin si l'on ajoute à tout cela qu'aucun mode de publicité n'avertit les tiers de ces droits réels et qu'entre deux acquéreurs successifs la priorité se fixe par la

date du contrat, on aura une idée des difficultés et des périls que présente sous l'empire de la législation musulmane l'acquisition d'un immeuble.

Comment alors concevoir qu'on ait pu songer à appliquer à un état de choses semblable notre système foncier tel qu'il existe en France? Le système de publicité hypothécaire organisé par le Code civil et la loi du 23 mars 1855, tout incomplet et restreint qu'il soit, peut suffire aux besoins économiques d'un pays où la propriété foncière et les droits réels, assis sur des bases solides et anciennes, sont en outre établis par des actes publics dressés par des officiers ministériels habitués à rechercher et à décrire les origines du droit qu'ils constatent. Il ne saurait en être de même dans un pays où l'on doit rendre les transactions rapides et sûres afin d'y attirer les capitaux. Il faut que l'acquéreur et le capitaliste puissent facilement être fixés sur la condition juridique des immeubles; d'où la nécessité d'entourer d'une publicité complète toutes les transactions qui touchent à ceux-ci (1).

1. En France, les droits réels se transfèrent ou se créent par le seul consentement. La loi exige bien la transcription ou l'inscription de ces droits réels sur les registres publics, mais cette publicité n'est pas une condition de l'existence du droit lui-même. Elle n'est exigée que pour rendre le droit opposable aux tiers et fixer à leur égard la date à partir de laquelle il pourra produire ses effets. La transcription sur les registres ne sert donc qu'à déterminer le rang d'antériorité entre les acquéreurs suc-

A un autre point de vue, notre système de publicité ne répond pas aux exigences spéciales d'un pays musulman. En effet, il repose tout entier sur le nom et sur la personne du propriétaire. C'est son nom qui sert de guide dans les recherches, puisque c'est sous ce nom que sont faites les transcriptions et inscriptions dont cet immeuble peut être l'objet. En France, celui qui veut avoir des renseignements sur un immeuble doit tout d'abord rechercher les noms du propriétaire actuel et de ceux qui l'ont précédé. En pays musulman, cette recherche se heurte à des difficultés insurmontables : non seulement les indigènes n'ont pas d'état civil, mais encore ils n'ont pas de nom patronymique. Ils se reconnaissent en s'appelant par un prénom auquel ils ajoutent celui de leur père, Ali-ben-Mohamed, ce qui équivaldrait en français à Jean fils de Pierre, par exemple. Et comme le nombre de ces prénoms est très limité, il en résulte que beaucoup d'indigènes portent des appellations identiques. Chez nous, il arrive fré-

cessifs d'un même propriétaire sans donner aucune certitude sur l'existence du droit qu'elle constate. La prudence exige donc que l'acquéreur examine les droits de son auteur et remonte pendant trente ans, au moins, aux sources mêmes de ce droit; il lui faut aussi s'assurer que les diverses transmissions, dont le bien qu'il veut acquérir a fait l'objet, sont l'œuvre de personnes capables et ayant le droit de disposer. Cette vérification, déjà si délicate dans la métropole, est absolument impossible dans une colonie, surtout dans une colonie musulmane.

quemment que la similitude des noms amène des difficultés dans la rédaction des registres et dans les recherches à effectuer. Que sera-ce dans des pays comme l'Algérie et la Tunisie !

On a beaucoup reproché à notre système de publicité de ne pas faire connaître les changements de propriétaires provenant de mutations à cause de mort. Les mutations après décès et principalement les legs universels ou à titre universel qui modifient l'ordre légal des successions sont dispensés de toute inscription. Cet inconvénient déjà si grave en France le serait encore bien davantage en pays musulman où le régime successoral tient au statut personnel, statut qui nous est mal connu et qui de longtemps ne pourra guère être modifié.

Le but d'une loi foncière destinée à régir un pays nouveau est d'y attirer le plus de capitaux possible, nous l'avons déjà dit : or, de l'aveu de tous, les hypothèques occultes constituent un des obstacles les plus sérieux au crédit hypothécaire. On peut faire le même reproche aux hypothèques générales et spécialement à l'hypothèque judiciaire dont on réclame l'abolition depuis si longtemps en France.

Quant aux facilités pour la constitution et la réalisation du gage, la loi française ne s'en est point préoccupée, les formalités qui entourent le prêt

hypothécaire en font une opération longue et coûteuse; l'existence des hypothèques légales et judiciaires amène de longues procédures avant la réalisation du gage. Cela n'avait rien d'étonnant et c'était avec intention que les rédacteurs du code civil et de la loi du 23 mars 1855 avaient édicté ces formalités restrictives. Imbus de ce préjugé économique que les biens immobiliers valent mieux que les meubles auxquels ils appliquaient l'adage, *res mobilis res vilis*, désireux de conserver les immeubles dans les familles, ils avaient accumulé les difficultés dans l'aliénation de ceux-ci afin de protéger les propriétaires contre leur propre faiblesse.

Ces mêmes préoccupations avaient amené les rédacteurs du code à écarter tout procédé de mobilisation du sol; en cela, ils répudiaient les essais tentés, pendant la révolution, par le décret du 9 messidor an III qui sous le nom de « cédules hypothécaires » avait organisé un système de mobilisation du sol. C'était évidemment prématuré à cette époque, mais l'idée devait grandir et rendre plus tard de grands services dans les pays où les mêmes préoccupations n'existaient pas, où l'argent au contraire était ce qu'il y a de plus précieux.

Enfin notre législation ne se préoccupe guère de fournir aux parties un moyen de connaître la nature et l'étendue des droits du vendeur. En France

on supplée assez facilement à cette lacune, on y rédige avec soin les titres de propriété de sorte que l'acquéreur peut facilement remonter aux origines du bien en cause. De plus la prescription trentenaire achève de le rassurer en consolidant sa propriété. — Mais en pays musulman il est impossible de trouver ces garanties et ces facilités : l'étranger ignorant les traditions et les habitudes de ses habitants, incapable de faire lui-même les investigations nécessaires avant d'acquérir un immeuble est exposé aux plus graves déconvenues, d'où il résulte qu'il hésitera toujours à acquérir des biens dont il n'est pas certain de conserver la propriété et à apporter dans le pays les capitaux si nécessaires à la colonisation.

La nouvelle loi foncière de l'Algérie.

LES SOURCES. — L'ACT TORRENS ET LA LOI TUNISIENNE

Tous ces inconvénients avaient été très bien compris par le législateur tunisien. Il profita des écoles qu'on avait faites en Algérie et comprit qu'on ne pouvait dans un pays aussi neuf et d'habitudes aussi contraires aux nôtres importer une loi qui, même pour la métropole, était si imparfaite. Aussi chercha-t-il ailleurs un modèle qui lui permit d'atteindre le but poursuivi.

« Pour donner à la propriété, dit M. P. Cambon

« dans son rapport sur la loi immobilière tunisienne
« du 1^{er} juillet 1885, la certitude et l'assiette qui
« lui manquaient, il ne pouvait être question de
« recourir à un abornement général et à une revi-
« sion administrative des titres de propriété. Sans
« parler des lenteurs et de l'incertitude qu'elle eut
« entraînées avec elle, une pareille entreprise aurait
« eu le grave inconvénient de semer l'inquiétude
« et le trouble, d'éveiller les susceptibilités et les
« défiances des populations qui n'auraient pas com-
« pris tout d'abord la nature et le but d'une aussi
« vaste opération.

« L'idée d'une délimitation et d'une constatation
« administratives des propriétés étant ainsi écartée,
« restait à trouver une combinaison juridique qui
« permit de confier à l'initiative individuelle une
« œuvre que l'état devait encourager et protéger
« mais dont il n'avait pas à assurer la responsabilité
« et les charges puisque malgré son utilité géné-
« rale cette œuvre présentait surtout un caractère
« d'intérêt privé.

« Ce point de vue accepté il fallait mettre à la
« disposition de tout acquéreur ou propriétaire
« d'immeuble une procédure simple, peu coûteuse
« lui permettant d'asseoir sa propriété, de la purger
« de toutes les charges et des droits réels qui ne se
« seraient pas révélés en temps utile. Par ce moyen

« l'origine et la condition de la propriété se trouvant
« fixées à l'égard de tous, les transactions ulté-
« rieures devenaient faciles et sûres. »

Pour répondre à ces desiderata, le législateur tunisien prit modèle sur une institution immobilière en vigueur dans certaines colonies anglaises connue sous le nom d' « Act Torrens » et sur laquelle il nous faut donner quelques détails.

DE L'ACT TORRENS (1)

Le système de mobilisation de la propriété foncière n'est pas, comme on pourrait le croire, d'origine anglaise. C'est un de nos compatriotes, M. Decourdemanche qui, le premier, imagina la législation actuellement en vigueur en Australie. Il publia en 1830 un livre fort remarqué, intitulé : *Du danger de prêter sur hypothèque*, plein de vues originales sur l'organisation du cadastre et des hypothèques. Il publia en 1832 un projet de loi sur la mobilisation de la propriété foncière dont certaines dispositions rappellent l'act Torrens et en 1852 il proposa au gouvernement britannique un projet de loi destiné à régler le mode de transmission de la propriété foncière dans les colonies qui

1. Gide et Dain, *Études sur l'act Torrens*.

présentait de grandes analogies avec le système actuel. C'est en 1855 que sir Robert Torrens introduisit son système dans l'Australie du Sud. Ce système prit le nom de « Registration of title ». L'expérience en ayant montré les imperfections, cette loi fut remaniée et promulguée à nouveau le 7 août 1861 sous le nom de « Real property act ». Depuis cette législation a été appliquée avec un plein succès et s'est étendue au Queensland (1861), Victoria (1862), Nouvelle-Galles du Sud (1862), Australie occidentale (1874), Nouvelle-Zélande (1860), Tasmanie (1862), Colombie britannique, îles Fidji (1877), enfin dans l'État d'Iowa dans l'Amérique du Nord. Toutes les lois qui régissent ces différentes colonies ont été réunies dans deux volumes d'enquêtes prescrites par la Chambre des Communes : Return, Registration of title (Australien colonies) mai 1872 ; Return, Registration of title (British colonies) mai 1881 (1).

Le système Torrens n'est pas une législation improvisée de toutes pièces, c'est l'adaptation aux besoins de pays nouveaux de principes hypothécaires

1. Communication au Congrès des sociétés savantes faite à la Sorbonne (session d'avril 1885), par M. Sanguet, directeur de la revue : *La Réforme cadastrale* : — Yves Guyot, divers articles publiés dans le *Globe*, journal économique hebdomadaire. — Ce journal, dans divers numéros du 13 mars au 24 avril 1895, a donné une traduction du *Real property act*.

dont une expérience plusieurs fois séculaire a montré l'excellence dans les pays germaniques, ceci suffit à en expliquer le succès. Toute l'économie de l'act Torrens peut se résumer dans les trois propositions suivantes :

1° Organisation d'une procédure de purge destinée à fixer définitivement le droit de propriété *erga omnes* et constatation de ces droits dans un titre authentique et public (Immatriculation) ;

2° Création d'un système de publicité hypothécaire destiné à faire connaître la condition juridique du sol, les charges et les droits réels qu'il supporte ;

3° Mobilisation de la propriété foncière.

C'est cette division dont nous nous servons dans le cours de notre étude ; nous la conserverons pour étudier les diverses modifications que ces trois parties de la législation australienne ont subies dans les lois foncières de Tunisie et d'Algérie.

I. — Immatriculation et purge.

Le propriétaire qui veut placer son immeuble sous le régime de l'act Torrens doit tout d'abord procéder au bornage de sa terre, dresser un plan et l'adresser avec pièces à l'appui au *Registrar general* auquel il fait sa demande d'immatriculation. Le

registrar general a des attributions qui tiennent à la fois du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif. Il statue en premier ressort sur les demandes d'immatriculation ; pour cela il examine la valeur des droits réclamés sur l'immeuble, il prescrit les mesures de publicité nécessaires pour avertir les tiers que pourrait léser la purge. Il rédige les titres de propriété et les inscrit sur les registres dont il a la garde. Il est aidé dans cette tâche si étendue par un auxiliaire qui doit toujours être un jurisconsulte et qui porte le nom de « Maître des titres ».

Le registrar general signifie les titres et les plans du requérant aux voisins et en général à tous ceux qu'il juge intéressés à y faire opposition. De plus des publications faites dans les journaux avertissent ces personnes et les mettent en demeure de faire leurs réclamations. S'il n'y a pas d'opposition, le registrar general accorde l'immatriculation ; dans le cas contraire, il est obligé de surseoir jusqu'à ce qu'il ait été statué par les tribunaux de droit commun ; ses pouvoirs sont donc soumis au contrôle d'une discussion contradictoire devant l'autorité judiciaire.

Après l'accomplissement de ces diverses formalités le registrar general dresse le « certificat de titre ». Ce certificat contient une description exacte de l'immeuble avec indication de ses limites, des

charges et droits réels qui le grèvent ; un plan est annexé à l'acte. Le certificat est dressé en double original : le premier est remis au propriétaire, le second est enregistré sur un registre foncier appelé « Registre matrice » dont la garde est confiée au registrar general.

A partir de ce moment l'immatriculation est accomplie, la purge est opérée : aucune revendication de droits réels ne peut plus être formée contre l'immeuble. Les tiers dépouillés par leur négligence ne conservent plus qu'une action personnelle en dommages-intérêts contre les auteurs du préjudice causé et ceux qui en profitent. Ils peuvent exercer aussi un recours contre un fonds d'assurance dont nous parlerons plus loin.

II. — Régime hypothécaire

Le point de départ de la propriété et son assiette étant fixés il fallait assurer la conservation de l'œuvre ainsi accomplie. Pour atteindre ce but la législation australienne a organisé un système de publicité hypothécaire aussi simple qu'ingénieux. Elle s'est inspirée pour cela du régime hypothécaire germanique dont il nous faut dire quelques mots afin de mieux expliquer le mécanisme de l'act Torrens à ce point de vue.

Le système germanique (1) repose sur deux principes : le principe de la publicité et le principe de la légalité.

Le principe de publicité est une règle en vertu de laquelle les droits réels n'existent qu'à partir de leur inscription sur les registres fonciers, à la suite d'une déclaration de dessaisine faite devant le fonctionnaire chargé d'opérer l'inscription. Au lieu de la règle française qui veut que les droits réels soient créés ou transmis par le seul consentement (la transcription ou l'inscription ne sont pas en effet des conditions essentielles de l'existence du droit) nous nous trouvons en présence d'une règle purement formaliste qui veut que, même *inter partes*, les droits réels ne soient créés ou transmis qu'après la constatation du consentement des parties devant un officier public. Nous trouvons un système analogue dans le droit romain qui exigeait la tradition pour que le transfert de propriété fût accompli ; ce principe existait également dans nos coutumes de nantissement.

Deux conséquences résultent de ce principe : 1° les registres font foi *erga omnes*, ils constituent une preuve certaine de droits réels ; 2° En raison de leur force probante les registres ne doivent con-

1. Gide, Notes sur les lois hypothécaires prussiennes du 5 mai 1872. — *Annuaire de législation étrangère*.

tenir que des mentions certaines, provenant de déclarations qui auront été préalablement contrôlées : c'est le principe de la légalité. En Allemagne la rédaction des livres fonciers est confiée dans ce but à un juge : le juge conservateur, qui est chargé de cette vérification.

Ces prémisses posées, revenons maintenant au système du Real property act. Il reproduit les traits essentiels de ce système : comme dans la loi germanique (art. 43) aucun droit réel ne saurait exister même *inter partes* sans l'inscription sur le registre matrice; dont les énonciations font foi à l'égard de tous : sont seules opposables aux tiers les causes de résolution inscrites sur le registre matrice.

Le juge conservateur est remplacé par le registrar general qui n'est investi que d'un pouvoir de contrôle : il peut refuser l'inscription en donnant ses motifs sauf appel des parties devant l'autorité judiciaire.

Dans ce système tous actes modifiant la propriété doivent pour être valables être nécessairement inscrits, d'où il résulte que les hypothèques occultes ne sauraient exister pas plus que les hypothèques générales même non dispensées d'inscription, puisque le principe de la spécialité des hypothèques est appliqué d'une manière absolue.

Ce n'est pas tout. Sir Robert Torrens a très heureusement complété ce système de publicité par une innovation dont nous pourrions apprécier toute l'utilité lorsque nous parlerons de la mobilisation du sol.

Nous avons dit plus haut qu'un des deux originaux du certificat de titre était remis au propriétaire : il faut que ce titre, qui est la reproduction exacte du registre matrice (il paraît même que dans certaines colonies australiennes ce titre est une reproduction photographique du registre matrice) en reste toujours l'image fidèle. Pour cela on y mentionne toutes les inscriptions prises sur le registre foncier. Aucune transaction ne peut avoir lieu sans la production du titre, aucune inscription ne peut être prise sur le registre sans qu'il en soit fait mention sur le titre.

Grâce à cette combinaison le titre fournira aux tiers la plus complète sécurité en leur révélant la situation hypothécaire de l'immeuble, dont on pourra facilement vérifier l'exactitude par une simple comparaison avec le registre matrice.

L'organisation du registre matrice complète ces mesures de publicité : elle a été également empruntée au système germanique.

En France les actes sont inscrits ou transcrits les uns à la suite des autres, au nom du propriétaire. Un répertoire alphabétique renvoie pour chaque propriétaire aux folios où se trouvent mentionnés

les actes qui le concernent. Nous avons déjà signalé les inconvénients de ce système surtout en pays musulman où les différents individus n'ont pas de nom patronymique. En Allemagne et en Australie on a vu pallier à ces imperfections : chaque immeuble est désigné par le numéro qu'il occupe sur le plan cadastral ; un feuillet du livre foncier en Allemagne, du registre matrice en Australie lui est spécialement affecté : sur ce feuillet on inscrit le titre original et on y mentionne tous les actes qui peuvent apporter une modification à la situation juridique de l'immeuble. Celui-ci acquiert donc une individualité absolument distincte de celle de son propriétaire : s'il est morcelé, le titre de propriété est annulé, les divisions nouvelles reportées sur le plan cadastral et un nouveau compte est ouvert à chaque parcelle formant un nouvel immeuble sur un feuillet distinct du registre. Il y a donc concordance absolue entre le plan cadastral et le registre matrice.

Outre les mentions que nous venons d'indiquer, le registre matrice doit encore contenir tous les faits connus du registrar general et qui sont susceptibles de modifier la capacité du propriétaire : minorité, mariage, interdiction par exemple. Il est vrai que cette obligation n'est pas sanctionnée par des peines suffisantes ni son exécution assurée par

des procédés efficaces, mais les faits dont il s'agit pouvant être connus autrement que par une inscription, sur les registres, cette formalité ne semble former qu'un complément utile mais non indispensable de la publicité hypothécaire

Une critique très grave a été formulée contre ce système : c'est de compromettre quelquefois les droits privés pour donner satisfaction à un intérêt général d'ordre purement économique et comme on l'a dit de sacrifier la justice à l'utilité. Ceci pourrait arriver toutes les fois qu'un tiers de bonne foi aura traité avec le propriétaire apparent inscrit sur les registres. Le *verus dominus* se trouverait dépouillé de ses actions réelles en revendication ou en résolution ; il ne lui resterait qu'une action personnelle en dommages-intérêts qui sera peut-être illusoire s'il a affaire à un insolvable. Le Real property act a trouvé un moyen de pallier à cet inconvénient par la création du fonds d'assurance auquel nous avons fait allusion plus haut. Ce fonds d'assurance sert à indemniser les tiers lésés par la procédure de purge ou par la constitution d'un droit réel inscrit à leur préjudice ; il sert encore à les indemniser des erreurs commises par le registrar general, ce fonctionnaire n'est pas en effet soumis aux mêmes responsabilités que nos conservateurs des hypothèques.

Le fonds d'assurance est alimenté par un droit proportionnel qui se paye au moment de l'enregistrement du titre ou des droits réels. En cas d'insuffisance le recours s'exerce contre l'état. Ajoutons que ces difficultés sont plutôt théoriques que pratiques, les recours contre la caisse d'assurance sont excessivement rares. Dans le Queensland on ne signalait en 1871 qu'un seul cas d'indemnité; dans la colonie de Victoria, la caisse contenait à la même époque un million et n'avait encore remboursé que 11.500 francs. C'est peu si l'on songe que le système Torrens a été introduit en 1861 au Queensland et en 1862 dans la colonie de Victoria. Aucun fait ne saurait prouver davantage que le système Torrens concilie la justice et l'utilité.

III. — Crédit foncier. — Mobilisation du sol.

La doctrine de la mobilisation du sol a rencontré des adeptes fervents et des adversaires passionnés. Elle est fondée sur un principe incontesté d'économie politique à savoir que les capitaux circulants sont plus productifs que les capitaux fixes. Elle a pour but de fournir à la propriété foncière et surtout aux titres hypothécaires les mêmes facilités de circulation qu'aux valeurs mobilières, de donner à l'agriculture les instruments de crédit dont jouissent

le commerce et l'industrie. De plus la mobilisation du sol favorise le développement du crédit foncier et diminue le taux de l'intérêt; elle encourage la petite agriculture en favorisant les prêts hypothécaires de peu d'importance, si difficiles à réaliser avec l'organisation française actuelle.

Nulle part ces avantages ne peuvent être appréciés plus que dans les colonies où la terre est presque l'unique source de la richesse et du crédit, où les capitaux sont si nécessaires pour la mettre en valeur : l'absence des capitaux est un des plus grands obstacles aux améliorations agricoles. Au moment des récoltes beaucoup de propriétaires ont besoin d'avances à court terme qu'ils obtiennent à grand-peine et moyennant de lourds sacrifices; leur crédit serait bien amélioré par la création de titres hypothécaires circulant rapidement.

A tous ces avantages on a opposé certaines objections : on s'est demandé s'il était prudent de provoquer le déplacement des fortunes, de modifier les dispositions des lois qui mettent obstacle à l'aliénation des immeubles pour en assurer la conservation dans les familles. Cette objection tombe d'elle-même si l'on songe qu'il s'agit d'appliquer le système de la mobilisation des biens fonciers dans des pays où un pareil état de choses n'existe pas. Dans les colonies où les fortunes ne sont pas encore assises, l'esprit

d'entreprise doit être encouragé; il faut favoriser les fréquents déplacements de propriété afin de permettre au sol de passer aux mains les plus habiles à l'exploiter; le moyen le plus sûr d'attirer les colons et les capitaux, c'est de favoriser les transactions immobilières; toute législation qui y fait obstacle empêche le développement de la colonie.

Les Anglais dont les lois civiles sont si profondément empreintes de l'esprit féodal et conservateur ont parfaitement compris cette nécessité : leurs législations coloniales suppriment toute entrave à la libre circulation des terres.

D'ailleurs, il ne faut pas croire que mobiliser le sol veuille dire assimiler les immeubles aux meubles; cela signifie seulement qu'au point de vue de la circulation les biens immobiliers jouiront de tous les avantages accordés aux meubles; pour tout le reste, pour ce qui concerne les règles relatives à la capacité d'aliéner ou d'acquérir les immeubles, il n'y aura aucune modification; ces règles peuvent parfaitement exister à côté du système de la mobilisation du sol.

L'idée de la mobilisation du sol n'est pas nouvelle. Nous avons déjà fait allusion au système des cédulas hypothécaires du décret du 9 messidor an III. Depuis on a tenté de faire participer le sol aux avantages qu'assuraient aux valeurs mobilières

leur facilité de circulation sous le nom de mobilisation du crédit foncier, de nombreuses combinaisons ont été imaginées. (Voir Volowski : de la Mobilisation du Crédit foncier, *Revue de législation*, tome X).

L'act Torrens a atteint ce but, il mobilise à la fois les créances hypothécaires et le sol lui-même par le procédé suivant :

Nous savons qu'aucune opération n'est valable si elle n'est mentionnée à la fois sur le registre et sur le certificat de titre délivré au propriétaire : la représentation de ce certificat au registrar general est donc la condition *sine qua non* de toute transaction immobilière ; sa détention au point de vue de la constitution du gage équivaut à la possession de l'immeuble. Le titre est en quelque sorte la représentation, l'équivalent juridique de l'immeuble.

Lorsque le propriétaire veut aliéner son immeuble, il rédige, d'après un modèle annexé à la loi, un acte de transfert qu'il remet au registrar general en même temps que son certificat de titre. Le registrar general opère une nouvelle inscription sur le registre matrice, dresse un nouveau certificat de titre et la transaction est opérée. Lorsque les parties sont éloignées ou inconnues du registrar general, elles rédigent sous seing privé un acte de transport ou de constitution d'hypothèque selon les

cas, après avoir fait attester leur identité par un témoin, un notaire ou un officier de police. Ces documents sont ensuite expédiés par la poste au bureau du registrar general en même temps que le certificat de titre. La double inscription est ensuite mentionnée sur le registre et sur le titre. Le sol est donc véritablement mobilisé puisqu'il circule aussi facilement qu'une valeur mobilière.

La constitution du gage est tout aussi simple, elle se présente sous différents aspects :

1° Avances sur titre de propriété foncière : le propriétaire désireux de faire un emprunt à court terme dépose son certificat de titre dans une banque. On lui fait l'avance qu'il désire et à l'échéance les titres lui sont délivrés contre le remboursement de ce qu'on lui a avancé. Le capitaliste est complètement à couvert, puisque le propriétaire ne peut faire aucune opération immobilière sans son titre ;

2° Prêts hypothécaires à long terme : les parties rédigent sous seing privé un contrat d'hypothèque, d'après une formule annexée à la loi. Ce contrat est remis avec le certificat de titre au registrar general qui en fait mention sur le titre et sur le registre matrice. Dès lors la créance hypothécaire devient transmissible par voie d'endossement sur le titre à condition d'opérer l'inscription de cet endossement sur le registre matrice.

Cette institution est certainement très favorable au Crédit foncier, elle lui donne une grande souplesse et d'extrêmes facilités. Le prêteur à long terme sera moins exigeant puisqu'il sera assuré de réaliser son capital avant l'échéance si cela lui plaît. Ce n'est là que l'application de cette loi économique qui veut que le loyer des capitaux se mesure non seulement sur le risque mais aussi sur la plus ou moins grande facilité de réalisation. La terre qui est le plus solide de tous les gages est assurée par ce moyen de trouver de l'argent en abondance.

La soumission à la législation du Real property act n'est pas obligatoire. Elle est facultative et permise à tous, non seulement aux acquéreurs d'immeubles qui veulent consolider leurs droits, mais encore à tout propriétaire qui désire faire bénéficier son immeuble des avantages de ce système. Il résulte des enquêtes faites en Angleterre que la plupart des propriétaires s'empressent de soumettre au régime de l'act Torrens leurs biens fonciers et qu'il est à peu près sans exemple en Australie que des immeubles soient l'objet d'une transaction importante sans y avoir été soumis.

Telle est l'œuvre du législateur australien; nous allons examiner maintenant les transformations que ce système a subies en passant en Tunisie.

LA LOI TUNISIENNE

L'œuvre du législateur tunisien est considérable, autant à cause du nombre et de l'étendue des dispositions qui la composent que par l'importance des problèmes dont elle donne la solution. Elle forme un véritable code de la propriété immobilière constitué par la loi du 19 Ramadan 1302 (1^{er} juillet 1885) modifiée par les lois du 12 Chaaban 1303 (16 mai 1886) du 2 Rabia-el-Aoual 1306 (6 novembre 1888) et du 16 Chaaban 1309 (15 mars 1892).

Cette législation avait pour but de doter la Tunisie d'un système foncier analogue à celui qui fonctionne en Australie. Dans l'avant-projet qui servit de fondement à la commission chargée d'étudier la loi, le gouvernement tunisien se proposait seulement d'introduire en Tunisie l'act Torrens en maintenant les dispositions du code civil français compatibles avec lui. La commission chargée d'élaborer la loi de 1885 entreprit une œuvre beaucoup plus vaste : elle s'attacha à reviser toute notre législation hypothécaire pour la fondre dans une loi unique avec le Real property act : c'est ce qui explique le développement énorme de cette loi qui ne comprend pas moins de 381 articles. Un grand nombre de ces articles constitue une reproduction littérale du code

civil, ils contiennent l'énumération des droits réels tels qu'ils sont divisés chez nous. D'autres n'apportent que des définitions de détail jugées depuis longtemps nécessaires. On y remarque aussi certains changements motivés par des besoins spéciaux de la Régence, la définition de l'Enzel par exemple (art. 83) absolument indispensable en Tunisie. Enfin les autres articles contiennent les innovations législatives nécessitées par l'application de l'act Torrens.

Comme nous étudions [la législation tunisienne uniquement dans les parties dont on s'est servi pour le projet de loi concernant l'Algérie, il ne nous a pas semblé nécessaire d'en examiner toutes les dispositions. Nous avons donc laissé systématiquement de côté les prescriptions qui répondent uniquement à des besoins spéciaux à la Tunisie, ne retenant que ce qui regarde la constitution et la transformation de la propriété indigène, ainsi que le développement du crédit foncier problèmes qui intéressent au même point l'un et l'autre pays. Nous continuerons à nous servir dans cette étude de la triple division que nous avons employée pour celle de l'act Torrens.

Remarquons tout d'abord que la loi du 1^r juillet 1885 est facultative comme celle d'Australie. « On « n'entend nullement, dit M. P. Cambon dans son

« rapport, imposer le régime nouveau aux proprié-
« taires qui ne voudraient pas l'accepter. On laisse
« à l'initiative privée le soin de se prononcer entre
« l'ancienne et la nouvelle législation. Ce système
« a l'avantage de ne point modifier brusquement
« les coutumes et les traditions des indigènes ; il
« laisse au temps et à l'expérience le soin de leur
« démontrer l'avantage des lois nouvelles ; mais il
« fournit, dès à présent, aux européens et aux capi-
« talistes les sécurités qui leur sont nécessaires. »
Le bénéfice de la loi n'est donc pas établi comme la
loi du 26 juillet 1873 sur la propriété algérienne,
uniquement en faveur des acquéreurs européens,
il est étendu aux indigènes et comme dans l'act
Torrens accessible non seulement aux acquéreurs
d'immeubles mais à tout propriétaire qui témoigne
le désir de placer son bien sous la protection des
lois françaises.

Cette remarque faite, nous allons passer à l'étude
la loi elle-même.

I. — Immatriculation et purge.

L'immatriculation, dit l'art. 18, a pour objet de
placer l'immeuble qui y est soumis sous le régime
de la loi. Elle consiste dans la constitution du titre
de propriété de l'immeuble, l'inscription sur ce titre

des droits réels s'appliquant à l'immeuble et l'enregistrement du titre à la conservation foncière. La demande d'immatriculation est faite à un fonctionnaire qu'on appelle le « Conservateur de la propriété foncière ». Celui-ci ne remplace pas le registrar general ; il a des attributions beaucoup moins étendues que lui bien qu'il soit investi d'un rôle prépondérant dans l'organisation tunisienne. Comme le conservateur des hypothèques de France c'est lui qui tient les registres et y fait les inscriptions : c'est également lui qui en délivre les extraits. C'est à lui qu'est confiée la rédaction des titres de propriété ; c'est là sa fonction principale. Mais à l'encontre du registrar general il n'a aucune attribution judiciaire ; ce n'est pas lui qui statue sur les demandes d'immatriculation, il n'est pas juge du bien fondé des oppositions comme le registrar general : ceci est du ressort du tribunal mixte immobilier sur lequel nous allons revenir.

La procédure de purge est engagée par une requête au conservateur de la propriété foncière à laquelle est annexée une description détaillée de l'immeuble avec indication des charges réelles et pièces à l'appui. Une large publicité avertit les tiers que la demande d'immatriculation est formée : elle consiste en annonces dans le *Journal Officiel de Tunisie* ; en affiches apposées dans l'auditoire du

juge de paix ; en publications faites par le caïd dans les marchés, seul mode de publicité véritablement efficace qu'on puisse employer pour avertir les indigènes.

On procède en outre au bornage de l'immeuble. « C'est en quelque sorte, dit M. P. Cambon, une prise de possession matérielle qui a le double avantage de prévenir les voisins et d'éveiller l'attention des tiers en même temps qu'elle fixe pour l'avenir les limites exactes de l'immeuble et tarit ainsi une source fréquente de procès. » La date fixée pour le bornage est annoncée vingt jours à l'avance. Cette publication fixe le point de départ d'un délai de deux mois pendant lesquels les oppositions peuvent encore être valablement formées.

Enfin un plan, établi par des géomètres officiels, conformément au procès-verbal du bornage est annexé au titre de propriété : il fixe irrévocablement les limites du bien-fonds. Ces plans, dans l'esprit du législateur, sont destinés à servir plus tard de base à la confection d'un cadastre de la Tunisie.

Les oppositions à l'immatriculation sont du ressort du tribunal mixte immobilier. Cette juridiction est une innovation de la loi tunisienne : rien de semblable en effet ne se rencontre dans l'act Torrens ou dans le système hypothécaire français. Sa création répond à un besoin spécial : il fallait associer à

l'œuvre de la constitution de la propriété une juridiction expéditive chargée de surveiller l'exécution de la loi et d'examiner les litiges que pourrait soulever son application.

Pour atteindre ce but il ne paraissait pas sage de confier uniquement à un agent administratif le soin de résoudre les difficultés que peut présenter la confection d'un titre et l'examen de réclamations portant sur des droits plus ou moins bien définis. Les Allemands pour réunir tous ces pouvoirs en une seule main ont confié ainsi que nous l'avons dit ces multiples fonctions à un conservateur foncier qui doit toujours être un magistrat ; les Anglais ont adjoint au registrar general un Maître des titres. La loi tunisienne a trouvé une autre solution au problème. Elle ne pouvait soumettre au Chaara, qui est la juridiction de droit commun en Tunisie en matière immobilière, les litiges à trancher à ce sujet : c'eût été en retarder l'exécution à raison des lenteurs de la procédure et s'exposer à paralyser le bon vouloir des propriétaires disposés à adopter le nouveau régime immobilier. On a donc créé une juridiction nouvelle, le tribunal mixte immobilier.

Le tribunal mixte est composé de juges français et indigènes. Ils siègent en proportion inégale selon la nationalité des justiciables de façon que les juges qui statuent soient de la même nationalité que

les parties en cause. C'est au tribunal mixte qui connaît de toutes les oppositions faites à l'immatriculation (1).

Deux cas peuvent alors se présenter : ou bien il n'y a pas d'opposition et alors le tribunal, ne faisant pas œuvre de juridiction, se borne à examiner si la demande est régulière, les formalités bien remplies, et à préparer les éléments du titre qui sera préparé par le conservateur ; c'est une sorte de commission administrative présidant au fonctionnement normal de la loi.

Ou bien on a formé opposition à l'immatriculation : la procédure devient alors contentieuse. Le tribunal, sans statuer sur le fond du litige que les parties doivent porter devant les juridictions de droit commun, examine seulement si les oppositions sont ou non recevables : sont-elles sérieuses il refuse l'immatriculation ; dans le cas contraire il a le droit de passer outre et de l'accorder : sa décision est sans appel et n'a pas besoin d'être motivée. Quant aux opposants ils perdent tout droit sur l'immeuble ne conservant en cas de lésion qu'une

1. Dans le cas où les deux parties seront justiciables des tribunaux français, elles pourront élever l'exception d'incompétence pour se soustraire à la juridiction du tribunal mixte, les conventions diplomatiques ne permettant pas de priver les justiciables du tribunal français des garanties que présente cette juridiction qui, dans l'espèce, est celle du droit commun.

action personnelle en dommages-intérêts contre l'auteur de la lésion (art. 37 et 38).

M. Dain, dans une remarquable étude sur l'application de l'act Torrens en Tunisie, a vivement critiqué l'organisation du tribunal mixte; nous laissons ici la parole à ce savant auteur :

« Les pouvoirs ainsi confiés au tribunal mixte, dit-il, semblent à la fois insuffisants et excessifs. — Insuffisants lorsque, les oppositions paraissant fondées, l'immatriculation est refusée. Dans ce cas, le tribunal n'ayant pas statué au fond, les parties sont obligées de se soumettre aux lenteurs des juridictions et de la procédure du droit commun; on peut craindre que les propriétaires exposés à des contestations ne reculent devant l'immatriculation si elle doit réveiller de longs et difficiles procès. La loi se trouvera précisément entravée dans l'un des cas où son application serait le plus nécessaire.

« Mais ces pouvoirs, parfois insuffisants, deviennent excessifs quand la loi reconnaît au tribunal le droit d'écarter *de plano* les oppositions et d'ordonner l'immatriculation sans motiver ses jugements. Il n'est pas nécessaire de beaucoup insister pour montrer le caractère exorbitant de toutes ces dispositions: en autorisant un jugement sans motifs, la loi viole les principes les

« mieux établis de notre droit public, elle retire
« au justiciable toute protection contre les entraîne-
« ments et les défaillances du juge.

« Il y a, en outre, véritable inconséquence à
« refuser au tribunal le droit de statuer au fond
« quand les oppositions lui paraissent sérieuses, et
« à lui permettre en même temps de passer outre
« aux oppositions jugées irrecevables. En réalité,
« le tribunal qui ordonne une immatriculation sta-
« tue définitivement sur la question de propriété,
« puisque les opposants perdent tout recours sur
« l'immeuble. La faculté qui leur est réservée de
« réclamer des dommages-intérêts n'équivaudra
« jamais à la conservation du droit réel lui-même ;
« la prudence et la modération du juge seront leur
« unique défense contre ce pouvoir exorbitant.
« C'est, à coup sûr, une erreur de chercher les ga-
« ranties contre l'arbitraire dans le caractère des
« hommes plutôt que dans la valeur même des ins-
« tutions. Puisqu'on refusait au tribunal le droit de
« juger le fond, la logique voulait que la décision
« sur l'immatriculation fût suspendue jusqu'après
« mainlevée de toutes les oppositions.

« Cet essai d'organisation d'un tribunal spécia-
« semble donc très imparfait. Si l'on reconnaissait
« que les tribunaux ordinaires, en raison de la len-
« teur et des complications de la procédure, ne

« pouvaient coopérer efficacement à l'établissement
« de la propriété indigène, il fallait créer une juri-
« diction expéditive, et tout en lui donnant des
« pouvoirs étendus, la placer dans les conditions
« nécessaires à toute bonne justice. L'autorité et
« les garanties font également défaut au tribunal
« mixte. »

Nous partageons sans réserve l'avis de l'auteur de cette critique ; nous verrons qu'on en a tenu compte lors de l'élaboration de la loi algérienne.

Le tribunal mixte n'a pas seulement pour mission de régler les oppositions et de trancher les difficultés créées par l'immatriculation. C'est aussi le protecteur désigné des intérêts des incapables et des absents, l'article 31 lui confère des pouvoirs discrétionnaires ; il prend toutes les mesures commandées par leur intérêt.

Après qu'il a été statué sur la demande d'immatriculation et les litiges qu'elle a soulevés, le titre de propriété est dressé par les soins du conservateur d'après les éléments qui lui sont fournis par la décision du tribunal mixte. La rédaction de ce titre constitue à proprement parler l'acte d'immatriculation. L'original du titre est transcrit sur un registre foncier déposé à la conservation des hypothèques. Une copie exacte et complète sera remise au propriétaire à l'exclusion de tous autres ; cette copie

sera nominative et le conservateur en certifiera l'authenticité. Les intéressés autres que le propriétaire ne pourront obtenir qu'un certificat d'inscription (art. 51). S'il y a plusieurs copropriétaires par indivis, des duplicata authentiques du titre de propriété seront délivrés au nom de tous les propriétaires indivisément et à chacun d'eux (art. 52).

Lorsque l'immatriculation est requise par les indigènes, le titre est rédigé en arabe et traduit en français ; le décret du 6 avril 1886 a institué dans ce but, conformément à l'article 23 de la loi de 1885, des interprètes traducteurs assermentés.

Une fois le titre délivré et transcrit sur les registres du conservateur, l'immatriculation est accomplie et la purge opérée. Elle a un effet considérable ; elle purge l'immeuble de tous les droits réels et de toute les charges occultes qui n'ont pas été révélées en temps utile et qui n'ont pas été inscrits sur le registre et le titre de propriété. Aucun recours ne peut plus être exercé contre l'immeuble par les propriétaires de ces droits qui concernent seulement une action en dommages-intérêts contre les auteurs de la lésion.

II. — *Régime hypothécaire.*

Maintenant que nous avons vu comment la propriété était constituée, comment son assiette était assise, il nous faut examiner comment la loi tunisienne a organisé la publicité des transactions ultérieures dont cette propriété pourrait être l'objet. En voulant concilier dans une même loi les principes de l'act Torrens avec ceux du Code Civil, le législateur tunisien s'était imposé une tâche extrêmement délicate, si difficile même qu'il lui est arrivé de conserver des règles inconciliables; il en est résulté des dispositions obscures qui font planer une certaine incertitude sur la valeur des principes adoptés.

Nous avons vu que dans le système de l'act Torrens, aucun droit réel ne saurait exister sans l'inscription sur le registre matrice. En est-il de même dans la loi de 1885? Nous ne pensons pas que le législateur tunisien ait voulu maintenir le principe dans son intégralité. En effet l'article 342 de la loi de 1885 déclare que « tout droit réel relatif à un immeuble déjà immatriculé n'existera, *à l'égard des tiers,* » que du jour de l'inscription et l'article 343 énumère une série de conventions qui devront, « pour être opposables aux tiers » être inscrites sur le titre par le conservateur.

L'article 252 pourrait même faire croire que le législateur n'a pas du tout admis ce principe. En effet, d'après cet article « ceux qui n'ont sur l'im-
« meuble qu'un droit suspendu par une condition,
« ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescis-
« sion, ne peuvent consentir qu'une hypothèque
« soumise aux mêmes conditions ou à la même
« rescision. » (Alinéa 1). C'est la reproduction littérale de l'article 2125 du code civil. Cette disposition est la négation de tout le principe : en effet, l'un des avantages essentiels du système de publicité est de mettre à l'abri des causes de rescision ou de résolution, non mentionnées sur le titre, les tiers de bonne foi qui ont contracté avec le propriétaire désigné par ce titre. L'article 352 en édictant la disposition que nous venons de citer semble donc avoir méconnu le principe.

Cependant, nous pensons qu'il faut dire que la loi tunisienne a admis le principe de l'act Torrens : cela résulte des discussions engagées au sein de la commission et de l'esprit général de la loi. Mais à notre avis le principe n'a pas été maintenu dans son intégralité : le législateur avait à choisir entre le système français qui permet de créer les droits réels par le simple consentement et l'act Torrens qui reproduit le système germanique d'après lesquels les droits réels ne sont créés que par l'ins-

cription. Entre ces deux extrêmes, on aurait choisi un moyen terme : *inter partes* le droit serait créé selon les principes français ; *erga omnes* selon le système de l'act Torrens.

L'adoption de ce principe ainsi entendu nécessitait forcément certaines modifications au code civil. Elles sont pour la plupart empruntées à la loi belge.

Tout d'abord il fallait étendre le système de publicité du code civil : tous les actes modifiant la condition juridique de l'immeuble, devaient pour valoir à l'égard des tiers, être soumis à l'inscription et cela sans distinguer s'il s'agissait d'actes entre vifs ou à cause de mort : ceci résulte de la généralité des termes employés dans la loi (art. 342 et suiv.). Ainsi disparaissent les exceptions au principe de publicité admises par la loi du 23 mars 1855.

Nous avons vu que le Real property act avait supprimé les hypothèques occultes et les hypothèques générales. En Tunisie on a suivi cet exemple :

1° Les privilèges sur les immeubles disparaissent de la loi nouvelle sauf ceux de l'article 2101 qui portent à la fois sur les meubles et sur les immeubles ; ce sont les seuls qui soient dispensés d'inscription : leur caractère favorable justifie cette dérogation au principe ;

2° Spécialement le privilège du vendeur d'im-

meuble est supprimé. Mais dit l'article 246, « le vendeur peut dans le contrat de vente stipuler de son acheteur une hypothèque sur l'immeuble vendu, pour garantir du paiement total ou partiel du prix. » S'il néglige de prendre cette précaution, il pourra obtenir une hypothèque forcée (l'hypothèque forcée est celle qui est acquise en vertu d'une décision judiciaire, sans le consentement du débiteur, dans certains cas limitativement énumérés par l'article 239). — Le vendeur ne conservera son action en résolution pour défaut de paiement du prix qu'en la faisant inscrire; naturellement les hypothèques de vendeur, aussi bien conventionnelle que forcée, sont soumises à l'inscription ;

3° Hypothèques générales occultes : Elles ont été complètement supprimées par l'act Torrens. La loi tunisienne les a remplacées par des hypothèques conventionnelles ou forcées toujours spécialisées et publiques. Il ne fallait pas en effet laisser les incapables sans protection :

a : Hypothèque des mineurs et interdits : Le conseil de famille fixe au début de la tutelle la somme pour laquelle l'inscription sera prise et désigne contradictoirement avec le tuteur ceux de ses immeubles qui seront grevés d'hypothèques (art. 240). Au cours de la tutelle ou de l'interdiction, cet état de chose pourra être modifié, pourvu natu-

rellement que cette modification soit inscrite (art. 241). En cas de désaccord le mineur ou l'interdit obtiendra une hypothèque forcée (art. 242).

b : Femmes mariées : Le contrat de mariage détermine les immeubles frappés d'hypothèque et la somme que cette hypothèque garantit (art. 243). En l'absence de ces sûretés conventionnelles, ou dans le cas où elles sont insuffisantes, elle peut obtenir pendant le mariage une hypothèque forcée (art. 244).

Grâce à ces dispositions, le crédit du tuteur ou du mari n'est pas inutilement entravé de charges réelles excessives. Les incapables seront utilement protégés par les mesures prises dès le début de l'entrée en charge de leur tuteur et pendant sa gestion par la double surveillance du conseil de famille et du tribunal.

Les femmes mariées seront bien plus efficacement protégées qu'avec le système du code civil où elles ne stipulent pas d'hypothèque, mais peuvent renoncer à celle que leur accorde la loi, ou y subroger les créanciers du mari et cela, le plus souvent, dans les cas où elle serait le plus utile. — Ajoutons à tout ceci que l'article 245 dispense le mari ou le tuteur de l'hypothèque s'il constitue « un gage mobilier ou une caution lorsque cette

« substitution sera reconnue suffisante par une
« décision judiciaire. »

4° Hypothèques générales non dispensées d'inscription : hypothèque judiciaire. Depuis longtemps, on réclame en France l'abolition de l'hypothèque judiciaire : cette suppression réclamée lors des réformes de 1850 a été admise par la loi belge. On a suivi cet exemple en Tunisie, et cela sans rien lui substituer ;

5° Enfin l'hypothèque générale des légataires a été remplacée (art. 254) par une hypothèque dite testamentaire : c'est « celle qui est établie pour un chiffre
« déterminé, par le testateur, sur un ou plusieurs
« de ses immeubles spécialement désignés dans le
« testament pour garantir les legs « par lui faits ».

La loi de 1885 n'a pas donné au conservateur de la propriété foncière des pouvoirs semblables à ceux qui sont confiés au registrar general : ce fonctionnaire n'a pas à vérifier la validité des actes qu'on lui présente. Il ne peut hors des cas prévus par la loi refuser une inscription (art. 353) à moins qu'il n'ait des doutes sur la capacité des parties, auquel cas il prendra une inscription provisoire et imposera au requérant un délai pour produire les justifications nécessaires (art. 354).

Cette règle n'est certainement pas en harmonie avec l'ensemble du système. Les mentions portées

sur le registre sont trop importantes pour qu'on n'ait pas cru devoir donner au fonctionnaire chargé de les inscrire un certain pouvoir d'appréciation. Il y a là une lacune dans la loi.

Il nous faut maintenant examiner l'organisation pratique de la publicité hypothécaire telle que la loi tunisienne l'a organisée. Nous avons vu que le conservateur remettait au propriétaire une copie exacte de l'acte de propriété contenu dans le registre foncier : comme dans l'act Torrens, toutes les modifications que subira la propriété devront être mentionnées sur le registre et sur la copie du titre (art. 374). Les actes soumis à la publicité ne seront pas transcrits intégralement, il en sera seulement fait mention, mais, pour faciliter la vérification de l'exactitude des inscriptions et la recherche des transactions dont l'immeuble a été l'objet, la loi exige que ces actes soient déposés à la conservation, de façon à former le dossier de l'immeuble. La copie du titre donne donc au tiers la même sécurité que le certificat de titre australien.

Il nous faut maintenant parler de l'organisation des registres fonciers eux-mêmes. On ne pouvait songer à suivre le système du code civil puisque les indigènes n'ont pas de nom patronymique ; de plus, en l'absence d'un plan cadastral d'ensemble il était impossible de désigner comme en Australie chaque

immeuble par le numéro qu'il occupe sur le plan. La coutume tunisienne, qui consiste à désigner chaque immeuble par un nom fournit la solution du problème. On ouvre sous ce nom, dans un répertoire général, concordant avec le livre foncier, une sorte de compte numéroté où viendraient se grouper les extraits de toutes les inscriptions qui le concernent. Ce système est très inférieur à celui de l'act Torrens. Au lieu d'individualiser l'immeuble par son numéro et sa position sur le plan cadastral, on lui crée une sorte d'état civil en lui donnant un nom, ce qui peut amener de graves méprises dans le cas où plusieurs immeubles seront désignés par une appellation semblable. De plus ce procédé ne résistera pas au morcellement du sol; à chaque division d'immeuble il faudra donner un nom nouveau aux parcelles du sol: c'est là une source de confusion et d'erreur.

Du reste, il n'y a là qu'un état de choses provisoire; cette solution était la seule à laquelle on pouvait s'arrêter au moment de la confection de la loi. Mais il est certain que l'intention du législateur n'est pas de s'en tenir là. Nous en avons la preuve dans ce fait que la loi prescrit l'établissement d'un plan de chaque propriété par des géomètres officiels. Ces plans fourniront les éléments du futur cadastre.

Nous terminerons cette partie de notre étude en

disant que l'institution d'un fonds d'assurances analogue à celui qui existe en Australie avait d'abord été repoussée par le gouvernement et la commission. Sur les instances du gouvernement français, ce fonds avait été rétabli par les articles 39 et 40 de la loi de 1885. Ces deux articles ont été abrogés par la loi du 15 mars 1892.

III. — *Crédit foncier. — Mobilisation du sol.*

Comme dans les colonies anglaises, l'organisation foncière de la Tunisie permet de faire facilement toutes transactions immobilières. Les mutations de propriété sont effectuées par une simple inscription sur le registre et sur la copie du titre. Le contrat d'hypothèque, si compliqué en France, pourra être passé en la forme d'un sous-seing privé, suivant le système du *Real property act*. Le système des prêts sur titres est également possible, d'autant mieux qu'en Tunisie il est entré depuis longtemps dans les habitudes des indigènes.

Le système de mobilisation, si heureusement expérimenté en Australie, peut donc s'appliquer en Tunisie, et cela dans des conditions aussi favorables; la suppression des hypothèques générales et occultes, en faisant disparaître l'obstacle principal à la circulation des titres hypothécaires, aug-

mente le nombre des prêteurs et fournit au crédit foncier des ressources bien plus nombreuses; en un mot, le système organisé par le législateur tunisien permet d'asseoir la propriété et fournit à la colonie les instruments de crédit et de circulation qui constituent l'outillage économique de tous les pays neufs.

IV. — *Résultats obtenus par l'application
de la loi tunisienne.*

La loi foncière, dont nous venons de donner un rapide aperçu, fut mise en exécution le 15 juillet 1886. Mais, dès le début de son application (1), on s'aperçut que la trop grande élévation des frais occasionnés par la procédure d'immatriculation constituait un obstacle considérable au développement du nouveau régime. Cet inconvénient fut corrigé par les lois du 12 Chaaban 1303 (16 mai 1886), du 2 Rabia-el-Aoual 1306 (6 novembre 1888), et du 16 Chaaban 1309 (15 mars 1892), qui complètent la loi de 1885 et forment avec elle le Code foncier tunisien.

Aujourd'hui, la conservation de la propriété de la Tunisie a reçu 2.026 réquisitions d'immatricu-

1. Rapport de M. Massicault.

culatlon. Nous en donnons le détail avec la nationalité des requérants (1).

	Du 15 juil. 1886 au 31 déc. 1892	ANNÉE 1893	ANNÉE 1894	ANNÉE 1895
Sujets français	288	275	208	254
Tunisiens	113	108	134	153
Italiens	39	50	79	109
Anglo-Maltaïs	19	16	27	28
Hellènes	8	2	5	»
Espagnols	8	1	7	11
Suisses	5	»	»	6
Hollandais	2	»	18	»
Allemands	3	1	»	»
Belges	1	»	10	»
Américains	1	»	»	»
Autres nationalités . . .	»	14	13	10
TOTAUX	487	467	501	571

Total général : 2.026 requérants.

Dans ce tableau de statistique, nous retiendrons tout d'abord le nombre des requérants tunisiens, au total : 508. Nous remarquerons, de plus, que le nombre des demandes d'immatriculation émanant de sujets musulmans va en progressant d'année en année, de sorte que tout fait présager qu'un jour arrivera où les musulmans de Tunisie, appréciant les bienfaits de la législation foncière dont les aura

1. Communication de M. Malirat, conservateur de la propriété foncière en Tunisie.

dotés la France, se soumettront tous de bon gré à la loi de la métropole.

Ainsi la loi calquée sur l'act Torrens constitue un régime parfaitement acceptable pour les indigènes musulmans; l'expérience en est faite et elle a bien réussi puisque 508 d'entre eux, en moins de dix ans, s'y sont soumis de bon gré, résultat d'autant plus merveilleux que les réquisitions formées par les Français eux-mêmes atteignent à peine le double de celles qui émanent des indigènes.

Le législateur algérien ne pouvait donc choisir un meilleur modèle ni profiter d'une plus sûre expérience. Nous allons maintenant étudier comment il a pensé pouvoir appliquer ce système à notre grande colonie, et les modifications subies par l'act Torrens et la loi foncière tunisienne dans le projet de loi depuis si longtemps réclamé pour l'Algérie.

**LE PROJET DE LOI SOUMIS AUX CHAMBRES
SUR LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE EN ALGÉRIE.**

Le problème de l'établissement de la propriété foncière était beaucoup plus facile à résoudre en Tunisie qu'en Algérie (1). On en est rapidement

1. Dain, ouvrage cité; — Franck Chauveau, Rapport au Sénat sur la propriété foncière en Algérie.

convaincu par l'examen de la situation des deux pays à ce point de vue.

En Tunisie, on trouve la propriété organisée comme dans la plupart des pays musulmans. Elle existe sous trois formes essentielles : les biens du beylic, les biens habbous et les biens melk. Ces trois sortes de biens existent ou existaient en Algérie mais avec certaines variantes.

1° Les biens du beylic : Ils comprennent les biens qui forment le domaine de l'état, les biens qui sont en deshérence, et les biens qui n'ont pas été l'objet d'une appropriation privée. En Algérie, l'état français a remplacé le beylic ;

2° Les biens habbous (1). La religion musulmane

1. Voici quels sont les moyens employés pour rendre à la circulation les biens frappés de habbous :

1° Échange avec des biens melk ;

2° L'Enzel, défini par l'article 83 de la loi de 1858 se rapproche beaucoup de la rente foncière de notre droit coutumier : c'est un louage perpétuel de l'immeuble moyennant le paiement d'une redevance annuelle. Tant que le debi enzeliste paie la redevance, le propriétaire ne peut réclamer son immeuble. Il peut se soustraire au paiement en abandonnant l'immeuble : c'est le déguerpissement de l'ancien droit. L'enzel est cessible indépendamment de la propriété. Il est susceptible d'immatriculation. (*Journal des Tribunaux français en Tunisie*, n° du 30 avril 1893). Cette aliénation ne porte pas toujours le nom d'enzel : ce terme est réservé pour les terrains de la Tunisie ; lorsqu'il s'agit de boutiques ou de maisons on emploie à Tunis le mot Khoulou et à Fez le mot Djelsa. Le mot enzel appartient au rite malékite. Les hanefis emploient le mot Kerdar. Il y a entre les opérations

recommande avant tout de faire le bien : de ces prescriptions est née l'institution du habbous dont il n'est pas question dans le Coran. Ce fut à l'origine une œuvre pieuse faite dans le but d'obtenir les faveurs d'Allah dans la vie future : pour cela les musulmans faisaient don de leur bien à une mosquée par exemple, ce qui le rendait inaliénable et

que désignent ces expressions des différences de détail que nous ne pouvons songer à exposer ici ;

3^e M. le colonel Rebillet propose un moyen fort original pour mettre les habbous en circulation. Pour retirer les biens habbous des mains de la Djemia, on pourrait lui offrir une équivalence. Pour cela il faudrait : 1^o que les biens offerts en compensation aient une origine pure ; 2^o que les revenus offerts fussent aussi certains que ceux des habbous ; 3^o que le remplacement soit islamisé. L'impôt Achour (sorte de dîme perçue sur les récoltes) semble réunir toutes ces conditions. Les biens habbous donnent actuellement un revenu de x à la djemia. L'État s'en emparant lui donnerait une délégation sur l'impôt achour de façon qu'elle touche une somme égale au revenu x , plus une certaine somme représentant l'indemnité. Les moyens d'application sont en ce moment à l'étude à la Résidence française de Tunis ;

4^e Système suivi en Turquie (communication de Savvas-Pacha). Les habbous sont inaliénables, mais peuvent faire l'objet d'une location perpétuelle, d'où il résulte que le bénéficiaire n'a plus que la nu-propriété, la possession et la jouissance étant réservés au locataire. On a alors distingué trois éléments dans le bien habbous : 1^o la nu-propriété ; 2^o la possession ; 3^o la jouissance. La nu-propriété est réduite à une valeur fictive, *uno nummo*, un sou par an qu'on paiera au bénéficiaire. La possession et la jouissance, distinctes l'une de l'autre, sont fixées séparément aux enchères. Or, la nu-propriété seule est inaliénable, d'où il résulte que le bien habbous devient aliénable puisqu'il n'est plus représenté que par les deux éléments aliénables, la possession et la jouissance.

imprescriptible : ces habbous ont un caractère public. Il y en a d'autres, les habbous particuliers, dont la jouissance est réservée aux descendants du constituant : c'est un moyen de s'affranchir de la loi successorale établie par le Coran ; comme les premiers ils sont inaliénables et imprescriptibles. Le dévolutaire suprême doit être « un corps dont l'âme ne doit jamais s'éteindre », c'est-à-dire mosquée, tombeau, école, etc.

Les habbous ont un caractère religieux ; ils sont administrés par des « oukils ». Ces oukils relèvent d'une administration centrale, la « Djemia », fondée par le général Khéredine. La djemia est représentée dans l'intérieur de la régence par des agents, les « naïbs », dont la mission consiste à surveiller les oukils de la région et à rendre compte à la djemia de la façon dont les habbous sont administrés. Les habbous comprennent environ le tiers de la Tunisie.

Les habbous existaient en Algérie lors de notre arrivée dans ce pays. Le gouvernement français se chargeant des services publics et le fait de la conquête ayant emporté la suppression de certaines corporations bénéficiaires de habbous, l'odjaq, par exemple, les habbous furent réunis au domaine de l'état. Le législateur n'en prononça cependant pas l'abolition : l'institution fut respectée mais le principe de l'inaliénabilité fut détruit par

l'ordonnance de 1844, la loi de 1851 et enfin par le décret du 30 octobre 1858. Aujourd'hui le habbous n'est plus en Algérie qu'une forme de testament.

3° Les biens melk : c'est la propriété privée, qu'elle soit divisée ou indivise. Elle se rencontre en Algérie comme en Tunisie, mais à ce point de vue des différences profondes existent à l'heure actuelle entre les deux pays.

Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit des terrains nommés arch. Certains auteurs pensent, nous l'avons dit, qu'ils n'existent pas en Algérie ; en Tunisie le nom et la chose sont totalement inconnus. Il n'y a donc pas là de différence, à notre sens du moins. Nous n'aurons donc qu'à nous occuper uniquement de la terre melk par excellence, c'est-à-dire de la propriété privée.

On peut dire qu'en Tunisie, la propriété melk se présente presque toujours sous la forme divisée.

L'indivision y est inconnue, sauf dans le sud où l'on trouve de vastes territoires de parcours rappelant ces latifundia de l'antiquité dont Pline disait : *Latifundia perdere Italiam*. Ces terres, connues sous le nom d'« enchirs », ne seront pas une cause de ruine pour la Tunisie, elles ont trop peu de valeur pour cela, elles appartenaient autrefois aux beys qui en laissaient la jouissance aux tribus. Plus tard beaucoup d'entre elles furent données à de puissants

personnages, ce qui dans la suite donna naissance à des propriétés indivises entre les descendants de ceux-ci; d'autres devinrent des propriétés privées; en effet le droit musulman permet l'acquisition de la terre, par la prescription et la vivification: le prophète le déclare dans un de ses hadis. Ces terres pouvaient donc devenir la propriété de celui qui s'en emparait et les mettait en culture.

Mais ceci n'est que l'exception; la règle est que la propriété privée se présente toujours sous la forme divise en Tunisie. L'Algérie ne diffère pas à ce point de vue de la Tunisie autant qu'on a bien voulu le dire. L'indivision n'existe que chez les Arabes; chez les Kabyles elle est complètement inconnue. La propriété individuelle est au contraire bien assise; ils aiment la terre autant que le paysan français dont ils se rapprochent par leur âpreté au travail, leur patience, et leur sens pratique des choses: le colon n'a pas de meilleurs ouvriers agricoles et c'est sur eux que l'on doit compter pour mettre en valeur la terre africaine. Les Kabyles sont beaucoup plus nombreux que les Arabes. Faïdherbe, Jules Duval, le Dr Warnier, M. P. Leroy-Beaulieu évaluent à près de deux millions d'âmes l'élément kabyle contre un million seulement pour représenter l'élément arabe et encore doit-on tenir compte dans ce chiffre des Maures andalous chassés d'Espagne

qui presque tous habitent les villes, et des nègres provenant du Soudan. Les Kabyles n'ont pas été con-
tonnés comme certains le pensent dans les massifs
montagneux de la Kabylie, on les retrouve dans
toutes les régions de l'Algérie et de la Tunisie : les
habitants des environs de Saïda et de Frenda, les
Chaouïa de l'Aurès, sont des Kabyles.

Nous ne pensons donc pas que l'indivision des
terres constitue une différence entre l'Algérie et la
Tunisie puisque la propriété divise existe dans l'un
et l'autre pays. Pour nous la situation des terrains melk
d'Algérie se distingue de celle des biens fonds de
Tunisie en ce que là même où la propriété privée
existe, il faut la constater et la délimiter d'une façon
exacte, tandis que dans la régence cette œuvre était
déjà accomplie lors de l'intervention de la loi
de 1885, d'une manière imparfaite il est vrai. Les
propriétés sont en Tunisie constatées par des titres
qui en donnent les limites et les origines. A chaque
transmission un acte de vente doit être rédigé par
deux « adouls » sorte de témoins assermentés,
chargés de recevoir les déclarations des parties.
Ces déclarations sont inscrites sur le titre même
remis à l'acquéreur, de sorte que les origines de la
propriété sont établies par les mentions successives
inscrites sur le titre.

De plus les populations de la régence sont par-

venues à un état économique beaucoup plus avancé que les Arabes et les Kabyles d'Algérie. Le terrain était donc mieux préparé pour recevoir des réformes immobilières. Enfin dans l'élaboration de la loi nouvelle il a fallu tenir compte du grand nombre de propriétés soumises à la loi française et sur lesquelles se sont établis des droits sous l'empire d'une organisation hypothécaire ancienne.

Quoi qu'il en soit, il existe entre l'Algérie et la Tunisie beaucoup trop d'analogies pour que les expériences faites sur l'une des deux colonies ne servent pas à l'autre. L'application du Real property act avait donné de bons résultats dans la régence : c'est ce qui a poussé le législateur algérien à prendre modèle sur l'œuvre à laquelle sir Robert Torrens a donné son nom et cela, dit l'exposé des motifs du projet de loi, « sans effacer les principaux traits qui dominant dans nos lois les transactions immobilières ».

Nous suivrons dans l'étude du projet de loi foncière pour l'Algérie la même division que pour l'act Torrens et la loi tunisienne.

1. — Immatriculation et purge.

Le but de la procédure de purge est, nous le savons, de donner à la propriété un point de départ fixe, de la délimiter exactement et de la constater dans un titre authentique. L'application de cette

mesure, depuis longtemps réclamée pour l'Algérie, a été jusqu'à présent restreinte aux seuls immeubles régis par la loi musulmane. De plus, on a toujours considéré que l'établissement de la propriété était une œuvre qui devait être uniquement à l'administration.

La loi de 1873 avait organisé deux sortes de procédure permettant de purger la propriété indigène.

La première, qui constitue le système principal de la loi, était purement administrative : dans certains territoires désignés par l'autorité, un commissaire enquêteur vérifie les droits des intéressés, dresse les plans et prépare les éléments du titre qui sera dressé par les soins de l'administration des domaines ; ce titre sera le point de départ de la propriété désormais purgée de tous les droits réels qui n'ont pas été déclarés en temps utile. Cette procédure atteint le même but que l'act Torrens et la loi tunisienne, mais elle en diffère en ce que la constitution de la propriété est imposée par l'état et conduite par l'administration dans la loi de 1873 tandis qu'il n'en est pas de même dans les deux autres législations.

Le second système de procédure organisé par la loi de 1873 permet à l'européen qui se rend acquéreur de l'immeuble d'un indigène d'opérer la purge : ici l'intérêt privé met en mouvement la procédure,

l'administration n'intervient que pour délivrer le titre de propriété. Cette purge limitée aux terres melk a été étendue par la loi de 1887 aux acquisitions faites en terre arch (1) dans les mêmes conditions. Mais ce bénéfice avait refusé aux indigènes: de plus il avait été également refusé aux européens propriétaires avant ces lois de biens d'origine indigène qui demeuraient de la sorte indéfiniment sous la menace de la révélation de quelque droit occulte.

Le projet de loi met fin à cet état de choses : il institue une procédure unique, applicable à tous les immeubles sans distinction, afin d'arriver à la constitution et à la délivrance des titres. Cette procédure est surtout empruntée aux dispositions de la loi de 1887 relatives aux enquêtes partielles. Nous allons étudier son fonctionnement.

« Tout intéressé, dit l'article 7, qui voudra obtenir l'immatriculation d'un immeuble devra adresser sa requête au conservateur de la propriété foncière. » Le conservateur de la propriété foncière a été créé sur le modèle du registrar general de l'act Torrens. Comme ce dernier il agit sous sa propre responsabilité et sans l'intervention du juge.

1. Nous emploierons désormais cette expression *Brevitatis causa*.

Il n'y a pas dans la loi algérienne d'institution semblable à celle du tribunal mixte de Tunisie. Le législateur a pensé que l'intervention d'un tribunal compliquerait la procédure et en augmenterait les lenteurs et les frais.

En l'absence de toute contestation le conservateur pourra, sous sa responsabilité, procéder à l'immatriculation requise ; s'il y a litige, la contestation sera portée devant les tribunaux lorsqu'elle aura trait à des territoires de propriété privée (melk) et devant le gouverneur statuant en conseil de gouvernement quand il s'agira de territoires de propriété collective (arch).

Le requérant devra accompagner sa demande de pièces à l'appui et de titres et documents de nature à établir les droits réels existant sur l'immeuble. La plus large publicité sera donnée à la demande : elle consistera en publications en arabe et en français, dans le *Mobacher* (journal officiel de l'Algérie) publication de la demande dans les principaux marchés de la tribu, affiches en français et en arabe à la conservation foncière, au greffe de la justice de paix, à la mairie de la commune et, ajoute l'article 8 « partout où besoin sera ». De plus l'agent de la conservation foncière devra se rendre sur les lieux pour faire une première enquête dont le procès-verbal sera déposé pendant deux mois dans certains

endroits désignés par l'article 9. Dans les dix jours qui suivront l'expiration de ce délai l'agent se rendra à nouveau sur les lieux pour rédiger un procès-verbal définitif dans lequel il devra relever tous les faits intéressant la propriété qu'il aura recueillis et notamment signaler d'office les droits pouvant appartenir à l'état, à des incapables, à des non-présents que l'enquête lui aura révélés.

Il sera procédé au bornage et levé du plan de l'immeuble à immatriculer à moins que cela n'ait déjà eu lieu ou que cette opération soit inutile comme dans le cas où il s'agira d'immeubles urbains ou clos de murs (art. 13).

S'il n'y a pas de réclamations dans les délais fixés, l'immeuble sera immatriculé. Dans le cas contraire il faudra attendre la mainlevée de la réclamation qui consistera soit en une sentence judiciaire, soit en une renonciation du réclamanant (art. 15). Comme ceux du registrar general, les pouvoirs du conservateur seront donc soumis au contrôle d'une discussion contradictoire devant l'autorité judiciaire.

Ainsi donc la procédure de la nouvelle loi algérienne n'a plus rien d'administratif : l'établissement de la propriété est laissé aux soins de l'initiative privée. On peut faire au système d'exclusion de la procédure administrative deux objections, qui du reste ont été prévues par le législateur.

Le préliminaire obligé de la constitution de la propriété au pays indigène est la délimitation des tribus et des douars partout où elle n'a pas été effectuée : cette opération est nécessaire, quel que soit le régime auquel on soumette la propriété individuelle ; même si on laissait subsister la propriété collective, il est évident qu'à tous les points de vue, aussi bien économique qu'administratif, il est indispensable de déterminer la limite des possessions de chaque tribu et de chaque fraction de tribu : c'est le point de départ obligatoire de toute organisation en Algérie. Le sénatus-consulte de 1863 (art. 2 : alinéas 1 et 2) avait prescrit ces opérations ; l'article 48, 1^o, de la loi nouvelle en maintient l'application.

La deuxième objection consiste à dire que la procédure administrative conduite avec discernement permet de restituer à l'état des territoires considérables, ce qui est impossible avec la procédure dont la mise en mouvement est laissée à l'initiative privée. Le législateur a également prévu cette seconde objection : aussi l'article 15, 1^o, déclare-t-il que toutes les fois que l'intérêt de l'état sera en jeu, le gouverneur général devra être prévenu et mis à même d'agir.

De cette façon, les intérêts de l'état seront sauvegardés ; la constitution de la propriété ne se fera

pas au hasard, au gré des intérêts de chacun, puisque l'administration procédera à des opérations d'ensemble dans les territoires où l'autorité jugera ce travail nécessaire.

Il nous faut maintenant examiner comment, l'immatriculation une fois accordée, le titre est constitué : la base de la loi est la création de registres fonciers analogues à ceux de l'Australie. Comme sous le régime de l'act Torrens chaque immatriculation donne lieu à l'établissement en double, par le conservateur de la propriété foncière, d'un titre de propriété. Ce titre sera rédigé en français ; le plan et le procès-verbal d'enquête et de bornage y resteront annexés (art. 20). Un des doubles du titre sera inséré au livre foncier ; l'autre sera remis au propriétaire avec mention de la date de l'immatriculation et du numéro matricule sous lequel il aura été inscrit au livre foncier (art. 21).

A partir de ce moment l'immatriculation est opérée : l'immeuble est purgé de tous les droits réels et charges non inscrits au moment où elle intervient. Toute réclamation ou revendication n'ouvrira plus à leurs titulaires qu'une action personnelle contre celui qui aura bénéficié de leur déchéance.

II. — Régime hypothécaire.

La propriété constituée d'une façon définitive par l'immatriculation dont nous venons d'examiner la procédure, comment le législateur a-t-il organisé la publicité des transactions dont l'immeuble immatriculé va être l'objet? Telle est la question que nous allons étudier maintenant.

Comme en Tunisie on se trouvait en présence de deux systèmes opposés : l'un, le système français, veut que les droits réels soient créés ou transmis par le seul consentement des parties ; l'autre, le système germanique, reproduit par l'act Torrens déclare que même *inter partes*, les droits réels ne seront créés ou transmis que par la constatation du consentement des parties devant un officier public. Nous avons vu qu'en Tunisie le législateur avait pris un moyen terme : *inter partes* le droit réel sera créé (ou transmis) *solo consensu*, *erga omnes* par le fait de l'inscription.

En thèse générale, le législateur algérien a admis le principe de la loi tunisienne : aucun droit réel ne sera valablement créé ou transmis, à l'égard des tiers s'il n'est inscrit sur les registres fonciers et sur le titre : l'article 24 énumère tous les actes qui doivent être soumis à cette inscription. Mais après

avoir posé ce principe, la loi admet immédiatement deux sortes de restrictions :

1° En cas de jugement prononçant la nullité ou rescision d'un droit réel, les tiers ayant contracté sur la foi du livre foncier, de bonne foi, pourront-ils ou non être dépouillés du droit réel qu'ils ont acquis par l'exercice de cette action en nullité ou en rescision? — En droit français il n'y a pas de doute : les anciens propriétaires pourront valablement exercer leur action. La législation australienne admet la solution inverse, elle maintient le droit des tiers acquéreurs conformément à la rigueur de son principe de publicité. Le législateur algérien fait une distinction (art. 25, 1°) que nous avons ne pas très bien saisir : Voici comment M. Franck Chauveau rapporteur de la loi s'exprime à ce sujet. « Nous
« nous sommes prononcés pour l'ancien propriétaire
« lorsque aucune faute, aucune négligence ne peut
« lui être reprochée. Quand la clause de résolution
« résultera de l'acte, ou du contrat, et aura été ins-
« crite au livre foncier, le tiers acquéreur peut
« s'imputer à lui-même d'avoir été imprévoyant ;
« la clause pourra lui être opposée. Si au contraire
« c'est le propriétaire qui a commis une faute,
« tandis que le tiers acquéreur n'en a commis
« aucune, si le propriétaire a négligé de provoquer
« ou de surveiller l'inscription de la cause révoqua-

« toire, si cette clause n'a pas été inscrite, le juge-
« ment prononçant la résolution ne pourra être
« opposé aux tiers dont les droits auront été régu-
« lièrement inscrits ». Il résulte de tout ceci que :
ou bien la clause de résolution a été inscrite et le
tiers ne peut être évincé ; ou bien elle ne l'a pas été
et alors le propriétaire ne peut s'en prévaloir. Cette
distinction nous semble inutile car les deux solu-
tions résultent de l'application pure et simple du
principe : si la clause a été inscrite, elle est oppo-
sable aux tiers ; dans le cas contraire elle ne l'est
pas. La disposition de l'article 25, 1°, nous semble
donc inutile.

2° Les causes de résolution résultant du droit
commun (ingratitude du donataire, survenance
d'enfants, inexécution des conditions) n'auront pas
besoin d'être inscrites pour être opposables aux
tiers. Cependant il nous semble que la résolution
pour inexécution des conditions ne saurait être
demandée contre le tiers acquéreur, qu'autant que
ces conditions auront été inscrites : ceci résulte des
mots « les clauses de résolution résultant de l'acte
ou du contrat » employés par l'article 26 *in prin-*
cipium : en effet les conditions deviennent des clauses
de résolution lorsqu'elles ne sont pas exécutées. Le
législateur a apporté une restriction importante à
cette disposition au profit des tiers acquéreurs : le

bénéficiaire de la cause de résolution ne pourra s'attaquer à eux « qu'après discussion préalable des biens de ceux qui auront conféré ce droit réel » frappé de résolution (art. 26 *in fine*). Cette exception au principe a un caractère provisoire : ceci résulte des déclarations de la commission qui a présidé à la confection du projet de loi : « ... il vaut mieux, dit « M. Franck Chauveau dans son rapport, pour faire « adopter un principe que nous croyons le meilleur, n'en pas pousser les conséquences à l'extrême et attendre avant de donner à la réforme « tout son développement que l'expérience en « soit faite et que l'opinion l'ait complètement « acceptée. »

En somme, il résulte des déclarations de la commission et de l'esprit de la loi que le principe de publicité, tel que nous l'entendons dans la loi tunisienne, est le fondement de la loi algérienne : aucune charge n'existe sur l'immeuble et ne prend rang à l'égard des tiers que du jour de son inscription.

Comme en Tunisie, ce principe devait amener des changements au régime hypothécaire français : comme dans la loi tunisienne et pour les mêmes raisons, les acquisitions de propriété à cause de mort seront soumises à l'inscription (art. 24.)

Le système des hypothèques générales ou occultes est modifié de la façon suivante :

1° Les privilèges, à l'exception de ceux établis par l'article 2101 du code civil, ne sont pas supprimés comme en Tunisie, mais doivent être inscrits et ne prennent rang qu'à dater de leur inscription (art. 30).

2° Les hypothèques générales occultes complètement supprimées par l'act Torrens, remplacées par la loi de 1885 par des hypothèques conventionnelles, spéciales et publiques, ou forcées, sont modifiées comme suit :

a) Hypothèque des mineurs et interdits : le conseil de famille détermine le montant de l'hypothèque et les immeubles qui en seront grevés; ceci est modifiable selon les circonstances qui interviendront au cours de la tutelle ou de l'interdiction. Pourront la requérir le tuteur, subrogé-tuteur, procureur de la République, juge de paix, conservateur de la propriété foncière, parents, alliés ou amis, et créanciers du mineur ou de l'interdit. Devra la requérir d'office et sous une sanction pénale le greffier de la justice de paix. (art. 34). Le mineur et l'interdit sont donc sûrs de ne pas rester sans protection comme cela peut arriver avec le système tunisien.

b) Hypothèque de la femme mariée : déterminée au point de vue de sa valeur et des immeubles qu'elle grèvera soit par une disposition expresse du contrat de mariage, soit par un jugement rendu en

chambre du conseil, le ministère public entendu. Elle pourra être augmentée ou réduite; pourront en requérir l'inscription le mari, la femme, ses héritiers, ses parents, alliés, créanciers et le procureur de la République. Devra le notaire rédacteur du contrat de mariage la requérir sous la même sanction pénale que le greffier de la justice de paix (art. 35, 36 et 37). Ceci apporte une notable amélioration au système tunisien : le législateur a tenu compte des scrupules qui pourraient empêcher la femme de stipuler elle-même son hypothèque et l'a garantie en forçant le notaire à le faire pour elle.

Comme dans la loi tunisienne, le mari ou le tuteur pourra être dispensé de l'hypothèque à condition de constituer un gage mobilier suffisant, (en Tunisie une caution peut remplacer le gage mobilier) (art. 38, 1°). Enfin, le législateur étendant à la femme mariée une des mesures protectrices édictées en faveur des mineurs et interdits par la loi du 27 février 1880 déclare (art. 38, 2°) qu'« il pourra être ordonné, soit par une clause du « contrat de mariage, soit par une décision de justice « rendue à la requête des personnes énumérée en « l'article 36, que le numéraire et les valeurs mobilières au porteur appartenant en propre à la femme « et dépassant la somme de 1.000 francs seront « déposés soit à la caisse des dépôts et consignations,

« soit entre les mains d'une personne ou d'une
« société indiquée au contrat de mariage ou désignée
« par le tribunal. »

3° L'hypothèque judiciaire est purement et simplement supprimée (art. 39).

4° Le législateur ne parle pas de l'hypothèque générale des légataires. Nous pensons qu'il y a certainement là un oubli de sa part, car en vertu du principe de publicité et de la généralité de son application, il est impossible que cette hypothèque subsiste dans la loi si elle n'est tout au moins spécialisée.

Voyons maintenant comment la loi a assuré le fonctionnement de publicité du régime hypothécaire que nous venons d'exposer : Nous avons vu qu'elle avait institué des registres fonciers sur lesquels chaque immeuble aura son compte ouvert ; une copie du contenu de ce registre est remis à chaque propriétaire, pour la partie qui concerne son bien. Comme dans l'act Torrens et la loi tunisienne la propriété ne pourra subir aucune modification sans qu'il en soit fait mention sur le registre et sur la copie. Les actes soumis à la publicité seront, non pas transcrits intégralement, mais inscrits par les soins et sous la responsabilité du conservateur, ce qui donnera plus de garantie à l'inscription : un double de l'acte intégral sera déposé à la conserva-

tion et pourra être consulté au besoin pour éviter toute cause d'erreur.

Le livre foncier a été créé sur le modèle du registre-matrice de l'Australie : comme sous le régime de l'act Torrens une sorte de compte est ouvert sur le livre foncier à chaque immeuble immatriculé ; ce compte en indique le signalement et contient la mention de tous les actes qui affectent sa condition juridique, de telle sorte que tous les renseignements sont groupés dans un document unique ce qui en permet l'examen facile et rapide. Le feuillet du registre portera un numéro matricule, dont il sera fait mention sur la copie remise au propriétaire : lorsqu'un tiers voudra traiter avec celui-ci, il pourra donc facilement savoir à quoi s'en tenir, puisqu'il pourra, les registres étant publics, venir contrôler sur le livre foncier ce qu'il aura vu sur le titre en se reportant au numéro indiqué par celui-ci.

Le législateur a été obligé d'adopter ce système en l'absence d'un cadastre de l'Algérie ; on ne pouvait songer à établir celui-ci avant de constituer la propriété : l'Algérie est plus grande que la France et l'on a mis plus de quarante ans pour établir dans la métropole un cadastre n'indiquant que les possessions effectives sans qu'un débat contradictoire ait eu lieu entre les ayants droit. Il fallait donc courir au plus pressé ; c'est pour cela que la com-

mission a pris le parti que nous venons d'indiquer et qui n'est certainement que provisoire. C'est le temps et le développement de la colonisation qui permettront d'établir le cadastre en Algérie et cela d'autant plus facilement qu'on aura des données certaines fournies par les procès-verbaux de bornage et les plans annexés à chaque titre de propriété.

Ajoutons en terminant que la loi algérienne n'a rien créé de semblable au fonds d'assurance. Nous avons vu, en étudiant cette partie de l'act Torrens, que les difficultés auxquelles on voulait faire face en établissant cette institution sont plutôt théoriques que pratiques. Le législateur tunisien l'avait reconnu et avait supprimé le fonds d'assurance de son organisation foncière ; le législateur algérien n'a fait que profiter de l'expérience de son devancier.

III. — Crédit foncier. — Mobilisation du sol.

Arrivé à ce point de son œuvre, le législateur abandonne totalement ses modèles principaux : l'act Torrens et la loi tunisienne. Il revient à des sources purement françaises et prend exemple sur la législation créée par le décret du 9 messidor an III qui sous le nom d'hypothèque sur soi-même avait organisé une espèce de mobilisation du sol.

Ce décret n'a pas été appliqué en France, mais l'idée des cédulas hypothécaires a été reprise; les « dettes foncières » de la loi prussienne de 1872, les « handfesten » de la ville de Brême sont nées de l'application des principes du décret de messidor.

L'idée principale qui domine toute la théorie, c'est la création d'une hypothèque ayant une existence propre à côté de la dette principale; c'est l'« hypothèque sur soi-même ». — « Au nombre des diverses manières de conférer volontairement hypothèque, dit l'article 36 du décret de messidor, est comprise celle qui accorde à tout propriétaire de biens et droits susceptibles d'hypothèques, la faculté de prendre hypothèque sur lui-même ». Pour cela ce propriétaire se faisait délivrer par le conservateur foncier un certain nombre de bons ou cédulas extraits d'un registre à souche; ces cédulas représentaient la valeur vénale de l'immeuble; ainsi un immeuble vaut 20.000 francs, on délivre quatre cédulas de 5.000 francs. Les bons étaient inscrits sur les registres fonciers, avec un numéro d'ordre qui leur donne le rang de 1^{re}, 2^e, 3^e ou 4^e hypothèque dans l'espèce que nous avons choisie. Chaque bon contient toutes les indications nécessaires à l'évaluation de la valeur de l'immeuble.

Donc le propriétaire a pris quatre hypothèques sur son propre immeuble; veut-il emprunter, il

endosse au profit de son prêteur un bon et le lui remet; ainsi il pourra d'abord endosser la cédule 4 avant les autres et mettre ensuite en circulation les trois autres bons qui primeront celui-ci. Le créancier, s'il veut réaliser avant l'échéance, pourra l'endosser au profit d'un tiers qui lui remboursera son avance, et ainsi de suite. La dette une fois payée le propriétaire rentre en possession de sa cédule et peut la remettre à nouveau en circulation.

Ce système a un avantage énorme, celui de ne pas révéler au tiers l'état de gêne où peut se trouver le propriétaire de l'immeuble; en effet, les registres contiennent bien l'indication des bons hypothécaires, la souche en fait preuve, mais ils ne disent pas s'ils ont été réalisés, de sorte que les tiers peuvent toujours supposer que le propriétaire les a en portefeuille.

Tels sont les éléments essentiels du système que le législateur a pris pour modèle afin d'assurer le crédit foncier de l'Algérie.

L'article 41 indique ce que doit contenir la cédule hypothécaire; cette disposition est empruntée à la loi prussienne de 1872. Le législateur a prévu la difficulté qui pourrait résulter de ce que la cédule pourrait attribuer à l'immeuble une valeur excessive, soit parce que le propriétaire l'aurait évalué trop haut, soit parce que le bien aurait diminué de

valeur. Le décret de messidor en rendant le conservateur garant de la valeur attribuée aux biens ne paraît qu'au premier de ces inconvénients; le législateur algérien a résolu la difficulté en prenant encore modèle sur la loi de 1872 et en décidant que les cédules créées par le propriétaire ou par son créancier ne pourraient jamais dépasser les trois quarts de la valeur de l'immeuble ou de la créance et contiendraient le prix de vente de l'immeuble lors de sa dernière aliénation, si cette aliénation remonte à plus de dix années, sinon les prix des diverses ventes dont il a été l'objet dans les dix dernières années (art. 42 et 41, 5°).

On a reproché à ce système de favoriser l'agiotage, les bons donnant lieu à des négociations; de plus ils peuvent faciliter en des mains imprévoyantes la dissipation du patrimoine foncier. Ces raisons ont bien moins de valeur dans les colonies que dans la métropole; dans les colonies il ne s'agit pas de conserver les immeubles dans les familles, il faut attirer des capitaux et pour cela favoriser le crédit et ce n'est pas parce que des imprudents et des dissipateurs peuvent en abuser qu'il faut repousser une disposition favorable et utile au crédit.

La loi faite dans les intérêts de tous les habitants de l'Algérie, qu'ils fussent indigènes ou européens, ne devait pas permettre de dépouiller les premiers

sous prétexte d'augmenter le crédit. Le législateur l'a fort bien compris et M. Franck Chauveau dans son rapport sur le projet de loi, a très clairement exposé la situation. Nous ne saurions mieux faire que de lui laisser la parole :

« Le principe comporte cependant, à notre sens,
« une restriction importante. Elle concerne les
« indigènes musulmans, que nous devons traiter
« ici, dans leur intérêt et dans l'intérêt public,
« comme de véritables incapables. Mais, avant
« d'aborder ce point, quelques explications sont
« nécessaires.

« La constitution des bons hypothécaires se pré-
« sente sous deux formes différentes. Ce peut être
« un créancier qui, du consentement du proprié-
« taire, — car il ne peut modifier à lui seul les
« conditions du contrat, — transforme sa créance
« en un ou plusieurs bons transmissibles par voie
« d'endossement. Ce peut être aussi un propriétaire
« qui veut se ménager pour l'avenir un moyen de
« crédit rapide, et transformer tout ou partie de la
« valeur de son immeuble en bons hypothécaires
« délivrés sur lui-même, qu'au premier besoin
« d'argent il endossera au profit du prêteur.

« Dans le premier cas, nous ne voyons pas d'in-
« convénients à donner aux indigènes le bénéfice
« de la loi. Un indigène qui possède une créance

« hypothécaire est un capitaliste, habitué déjà aux
« contrats et aux procédures de la législation fran-
« çaise, et auquel on peut, ce semble, confier sans
« danger ce nouvel instrument de crédit. Dans le
« second cas, il en est tout autrement. La plupart
« des indigènes sont propriétaires. Or, s'ils pou-
« vaient transformer leur domaine en une créance
« instantanément négociable, il serait fort à crain-
« dre que, dans leur imprévoyance de grands
« enfants, ils s'empressassent de le faire, sauf à se
« trouver quelques jours plus tard sans abri et sans
« moyens d'existence. Il faut donc, dans cette
« seconde hypothèse, leur refuser, en principe, le
« bénéfice de la loi. Que si quelque indigène plus
« éclairé que les autres, propriétaire important, en
« comprenait le mécanisme et en réclamait le béné-
« fice, il pourrait, exceptionnellement et après
« avoir exposé ses motifs, obtenir du tribunal
« l'autorisation d'en user. Mais nous croyons que
« ces autorisations devraient être extrêmement
« rares. »

L'article 44 reproduit les idées exprimées dans le passage du rapport que nous venons de citer. De la sorte les indigènes seront protégés contre eux-mêmes et la loi ainsi entendue ne pourra devenir un instrument de spoliation.

Tel est le système de mobilisation du sol préco-

nisé par le législateur algérien. Il se concilie merveilleusement avec les principes de l'act Torrens. En effet le but de l'organisation foncière du Real property act est d'assurer aux colonies où il est appliqué un afflux de capitaux et cela par la mobilisation du sol telle que nous l'avons définie en étudiant le crédit foncier d'Australie : dans l'act Torrens le titre de propriété est en quelque sorte l'équivalent juridique du sol, la possession de ce titre vaut possession de la terre. Dans le système adopté par la loi algérienne, la cédula hypothécaire ne vaut pas possession du sol, mais elle donne à celui qui la détient un droit éventuel à la possession de ce sol par expropriation du propriétaire devenu insolvable. Dans les deux systèmes le sol, véritable instrument de crédit est également mobilisé puisque sa valeur est représentée par des titres transmissibles comme des valeurs mobilières.

Sans doute le système des lois prussiennes est plus compliqué que le système anglais, il crée à côté du titre de propriété remis au propriétaire d'autres titres représentant la valeur de son bien, mais il a l'immense avantage de ne pas anéantir d'un seul coup le crédit du propriétaire : dans le système Torrens, lorsqu'il voudra emprunter une faible somme il sera obligé de remettre son titre en garantie ce qui l'empêchera de renouveler l'opéra-

tion, tandis que dans le système allemand il pourra, après avoir mis en circulation une de ses cédules, avoir recours à celles qui lui restent en portefeuille pour contracter un nouvel emprunt.

Appendice. — Des licitations et partages.

Il était impossible de faire une loi véritablement complète sur la propriété foncière d'Algérie sans mettre fin à l'état de choses créé par l'article 4 de la loi de 1873 modifié par l'article 3 de la loi de 1887 à propos de licitations et de partages d'immeubles indivis entre indigènes. L'article 4 de la loi de 1873 subordonnait le maintien de l'indivision aux dispositions de l'article 815 du code civil et l'article 3 de la loi de 1887 en restreignait l'application aux cas où l'immeuble n'était pas commodément partageable. Nous avons vu les abus qu'avait permis l'application de ces articles mis à la disposition de spéculateurs malhonnêtes.

L'article 45 du projet de loi corrige ces dispositions, il décide que : « lorsque le partage ou la « licitation d'un immeuble appartenant en tout ou « en partie à des indigènes musulmans sera de- « mandée, soit par un copropriétaire, soit par le « tuteur, curateur ou créancier de l'un des copro- « priétaires, le tribunal attribuera si faire se peut,

« en nature, au demandeur, une part de l'immeuble
« représentant ses droits ; si l'immeuble n'est pas
« commodément partageable, l'article 822 du code
« civil (si les immeubles ne peuvent pas se partager
« commodément, il doit être procédé à la vente par
« licitation devant le tribunal) ne sera pas appli-
« cable : les copropriétaires du demandeur auront
« le choix, ou d'accepter la licitation, ou de lui payer
« une somme d'argent représentant la valeur de ses
« droits sur l'immeuble ; à défaut d'entente amiable,
« cette somme sera arbitrée par le tribunal. » De
plus le législateur, pour plus de précautions, n'a
pas voulu que la majorité des propriétaires put
imposer la licitation à la minorité : pour qu'elle ait
lieu il faut que les copropriétaires soient unanimes
à la demander ; dans le cas contraire le tribunal
décidera au mieux de leurs intérêts. Enfin pour
couper court aux interminables et coûteux procès
que susciteraient ces questions, l'article 45, *in fine*
décide que « les jugements rendus en cette matière
ne seront susceptibles d'aucun recours, de quelque
nature qu'il soit. »

Nous avons terminé l'exposé du projet de loi sur
la propriété foncière en Algérie. Comme on a pu le
voir au cours de cette étude, nous sommes loin du
verset du Coran qui attribue la terre à celui qui la

vivifie; toutes ces décisions sont nouvelles pour le droit musulman, les indigènes ne diront donc pas qu'en les édictant le gouvernement français veut leur imposer une loi contraire à leur dogme fondamental. Le législateur a même été plus loin : non seulement il ne veut pas imposer aux indigènes une loi contraire aux peuples de l'Islam, mais encore il ne veut pas la leur imposer du tout : Comme l'act Torrens et comme la loi tunisienne, la loi algérienne sera facultative : l'article 2 du projet le déclare expressément. Le gouvernement français ne supprime pas le droit musulman, il permet aux indigènes de continuer à en observer les règles, laissant au temps, au progrès, à l'exemple des avantages obtenus le soin de faire leur œuvre de conquête et de les gagner à nos idées. Nous avons vu que l'application de la loi tunisienne avait donné d'excellents résultats; nous pouvons donc en espérer de semblables en Algérie, puisqu'elle est habitée par des individus de mêmes mœurs et de même race que sa voisine. Non seulement on aura pu de la sorte réaliser l'assimilation économique des indigènes, celle qui sera à coup sûr la plus efficace, mais encore on aura pu se servir de la colonie comme d'un champ d'expériences dont les résultats pourront certainement être utiles à la modification de l'état hypothécaire de la métropole qu'on réclame depuis si longtemps.

II

L'ÉTAT CIVIL DES INDIGÈNES

Nous avons vu que l'absence de nom patronymique avait été en Algérie un des obstacles à l'établissement du régime foncier de la métropole et à ce propos nous avons indiqué la manière dont les indigènes se reconnaissent entre eux : ils joignent à leur prénom celui de leur père en les séparant par le mot « ben » pour les hommes, « bent » pour les femmes, ce qui signifie un tel fils d'un tel (Ali ben Ahmed), une telle fille d'un tel, (Fatma bent Ahmed). Non seulement les indigènes Algériens n'ont pas de nom patronymique mais encore ils n'ont point d'âge, et cela se conçoit facilement puisqu'ils n'ont point de documents auxquels ils pourraient se reporter pour calculer le nombre d'années vécues. Et cependant cela leur serait très utile car certaines capacités, comme celles qui résultent de la puberté et de la majorité ont pour point de départ un âge fixé par la loi Coranique qu'il est difficile de préciser en

raison de l'absence de la date de la naissance. Il était donc important de créer un état civil des indigènes. La première tentative sérieuse de constitution de l'état civil des musulmans se trouve dans l'article 17 de la loi du 26 juillet 1873 sur la propriété individuelle : on donnait au propriétaire le nom de sa terre ce qui était véritablement insuffisant. La loi du 23 mars 1882, complétée par le décret du 13 mars 1883 décida l'établissement d'un état civil des indigènes. Résumons rapidement l'économie de ces lois :

1° Constitution de l'état civil : collation du nom patronymique ; on étudie d'abord la famille, on établit un arbre généalogique. Le choix du nom appartient à celui qui est à la base de l'arbre généalogique. En cas de minorité le cadi exerce ce droit comme tuteur légal. En cas de refus ou de négligence, le commissaire de l'état civil le choisit lui-même. Le nom est ensuite inscrit sur un registre et une carte d'identité le mentionnant est délivrée à l'indigène. L'accomplissement de ces opérations est confiée à un « commissaire de l'état civil » ; elles sont annoncées un mois à l'avance par le Moba-cher.

2° Mesures destinées à assurer la conservation du nom : à partir du moment où le choix du nom est homologué par le gouvernement, la rédaction

de l'état civil pour les naissances, mariages et décès devient obligatoire.

Cette législation a le très grand tort d'être une application pure et simple des lois de la métropole à la colonie. Encore cette fois on n'a pas tenu compte du milieu auquel ces dispositions devaient s'appliquer. En effet ce n'est pas tout que de donner un nom aux indigènes, il faut encore tenir à jour les registres de l'état civil et pour cela le concours des intéressés est absolument nécessaire puisque c'est à eux qu'incombe la déclaration des faits de l'état civil : les indigènes algériens déclarent assez volontiers la naissance et les décès, mais omettent la plupart du temps les mariages et les divorces. En France il n'en peut être ainsi car ces actes ne sauraient être accomplis sans l'intervention de l'état civil, mais au pays musulman, le mariage et le divorce, simples contrats consensuels qui sont plutôt familiaux que publics, ne sauraient être connus sans une déclaration spéciale. C'est cette déclaration que les indigènes se refusent à faire et on peut donner de cela deux raisons : ou bien ils ne veulent pas que nous pénétrions dans leurs institutions familiales, ils défendent que l'on touche à leur statut personnel ; ou bien leur inertie vient de ce qu'aucune sanction ne frappe la non-déclaration de ces actes : en effet la loi de 1882 a placé les indi-

gènes en ce qui concerne l'état civil sous le régime français ; or nos lois qui punissent la non déclaration des naissances et des décès n'ont édicté aucune sanction pénale dans le cas qui nous occupe, par la raison que nous indiquions plus haut. Il en résulte que, en l'absence d'une disposition spéciale, on ne peut punir les indigènes de leur manquement à la loi sur ce point. Cette seconde raison est la seule bonne à notre avis, car pour nous ce n'eût pas été toucher au statut personnel que donner de la publicité à un des actes qui en font partie (1).

La véritable raison consiste donc dans une lacune de la loi et notre conclusion sera celle de M. Burdeau :
« Les mœurs et la constitution de la famille indigène
« étant ce qu'elles sont, on ne peut leur appliquer
« nos lois sans les y accommoder..., la véritable
« assimilation ne consiste pas du tout à transporter
« les textes de nos codes en Algérie mais à en faire
« prévaloir peu à peu l'esprit, les principes et les
« dispositions essentielles dans un milieu nou-
« veau ».

1. La loi du 28 juin 1890 a corrigé cet état de choses, en ajoutant aux infractions « 4° : inexécution des ordres donnés à propos des opérations relatives à l'application de la loi du 23 mars 1882. »

III

LA NATURALISATION (1)

Il nous faut, pour compléter la série des matières étrangères au droit civil musulman, dire un mot de la naturalisation des indigènes pendant que cette partie du droit appartient encore au code civil français. — La naturalisation des indigènes peut se présenter sous deux formes, elle peut être générale ou spéciale. Il est impossible de songer à une naturalisation en masse telle qu'on l'a pratiquée vis-à-vis des indigènes israélites en 1871. Les indigènes musulmans ont toujours protesté contre une semblable mesure. En 1887, les indigènes de Constantine ont adressé aux Chambres une pétition suivie de 1.700 signatures contre une proposition de naturalisation générale présentée par MM. Michelin et Gaulier. Les raisons invoquées par eux se rapportent à deux ordres d'idées : le premier est que la naturalisation aurait pour conséquence de soumettre les musul-

1. Estoublon, Burdeau, ouvrages cités.

mans à la loi française « tant au point de vue des
« questions matérielles (mobilières et propriété)
« qu'au point de vue du statut personnel... on
« apporterait aussi une perturbation à leurs mœurs,
« car il y a, dans les lois françaises, des disposi-
« tions dont l'application serait en opposition
« directe avec les mœurs et l'esprit même des
« croyances des musulmans ». — Le second est
que les indigènes ne se sentent pas encore préparés
à une assimilation complète :

« Les droits, dit la pétition, qui seraient accordés
« aux musulmans seraient de deux ordres diffé-
« rents: 1° l'accession aux fonctions de toute sorte;
« 2° l'égalité absolue avec les Français pour les
« droits politiques et devant les lois électorales. —
« Or il est incontestable que, pour que les musul-
« mans puissent être nommés aux emplois, il faut
« qu'ils remplissent les conditions exigées de capa-
« cité et d'aptitude; qu'ils acquièrent au préalable
« les grades universitaires français et qu'ils s'assi-
« milent l'instruction suffisante et les connaissances
« nécessaires pour ces fonctions. Et précisément ce
« qui les caractérise, c'est l'incapacité et l'absence
« d'aptitudes spéciales. — Quant à l'exercice des
« droits électoraux de la manière la plus régulière
« et ne leur procurant que des avantages, il ne
« pourra avoir lieu sans leur attirer de reproches

« que lorsqu'ils réuniront en eux les conditions
« suivantes : connaissance, discernement, liberté,
« indépendance. Malheureusement les musulmans
« d'Algérie sont arriérés au point de vue de l'ins-
« truction et de la civilisation... etc... »

En 1890 M. Martineau déposa devant les Chambres une nouvelle proposition de naturalisation générale. Cette fois ce furent les habitants de Tlemcen qui protestèrent. Ceux-ci invoquent contre la naturalisation le respect promis à leur statut personnel et se plaignent de ce qu'ils seraient astreints au service militaire.

La naturalisation en masse est donc condamnée par ceux-là mêmes auxquels elle doit s'appliquer : du reste on s'accorde à reconnaître que la qualité de Français avec toutes les conséquences qu'elle entraîne ne doit jamais être imposée : il faut laisser à chacun le droit de modifier comme il l'entend la situation politique que lui a donnée sa naissance en se contentant de favoriser par tous les moyens possibles les adhésions personnelles à la nationalité française.

Quant à la naturalisation spéciale elle est fort rare : M. Burdeau dans son rapport sur l'Algérie en 1891 dit que dans les vingt-cinq années qui ont précédé celle où il écrit il n'y a eu que 736 exemples de naturalisation individuelle. Depuis la proportion

n'a pas augmenté. — La naturalisation individuelle est réglementée par le décret du 21 avril 1866 : il n'exige aucune condition de résidence ; il faut seulement que le postulant ait 21 ans accomplis, ce qui se prouvera par un acte notarié reçu par le cadi ou le juge de paix sur la déclaration de quatre témoins. — Même pour les indigènes qui l'ont acceptée la naturalisation ne constitue pas un acte d'assimilation complet : ainsi ils ne peuvent se résoudre à se marier devant un officier public. S'ils prennent plusieurs femmes, ils se refusent à considérer comme adultérins les enfants nés de celles qu'ils ne réclament pas légitimes selon la loi française. L'obstacle est là : c'est que la naturalisation touche au statut personnel et aux mœurs des indigènes, ce n'est pas par des lois qu'on transforme de semblables institutions.

TROISIÈME PARTIE

MATIÈRES TRAITÉES PAR LE CODE CIVIL
ET LE CORAN

I

Statut réel mobilier. — Modes de disposition en général. — Successions.

Nous avons dit que nous englobions sous ce titre les successions, les donations, les obligations, et tout ce qui touche au statut réel mobilier. Avant de commencer l'étude de la réglementation de toutes ces questions, il faut nous demander pourquoi dans toutes les tentatives de loi faites à ce sujet on a laissé de côté le régime successoral.

On prétend que le traité de 1830 déclare que les Français respecteront le statut personnel des indigènes ; si le régime successoral appartient au statut personnel, il n'y a là qu'une application pure et simple de ce traité, sinon il n'y a certainement là qu'un régime de faveur que rien ne semble justifier.

En France, la question est tranchée d'une façon définitive : la succession est-elle immobilière, on applique la loi du lieu où se trouve l'immeuble,

c'est-à-dire le statut réel ; si, au contraire, elle est mobilière, on applique la loi du domicile défunt. — En Algérie, on ne distingue pas ; la loi musulmane, c'est-à-dire la loi nationale, s'applique dans tous les cas, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles. La Cour d'Alger (1) décide que même au cas où un frère consanguin des héritiers s'est fait naturaliser (c'est une des espèces qui se sont présentées) on appliquera le droit musulman. Au cas où des conflits proviennent de l'application des règles de rites différents auxquels appartiennent les divers héritiers, la Cour d'appel d'Alger décide qu'alors seulement on applique la loi de situation des biens, mais c'est toujours la loi musulmane (arabe ou kabyle).

Ainsi donc le régime successoral appartient au statut personnel, statut auquel nous ne devons pas toucher ; la règle semble donc toute simple : il n'y a qu'à laisser aux indigènes leur législation à ce sujet, et c'est ce que les lois françaises ont semblé faire en déclarant que les questions relatives aux successions seraient tranchées selon le droit musulman (art. 1 de la loi du 10 septembre 1886).

Et cela est vrai, d'abord pour les meubles et pour

1. En matière musulmane, il y a à la cour d'appel une Chambre qui revise définitivement les questions posées aux juridictions inférieures. Les contestations ne vont donc pas jusqu'à la cour de Cassation. C'est cette Chambre qui fixe la jurisprudence musulmane.

les immeubles sans distinguer si la propriété de ceux-ci est établie ou non selon la loi française du 26 juillet 1873, ou par titre français, administratif, notarié ou judiciaire.

Ainsi donc, pour les immeubles, c'est la loi nationale des indigènes qui devra s'appliquer pour le règlement de la dévolution successorale. Au sujet de ces immeubles, la loi française ne s'appliquera qu'en ce qui concerne les questions autres que la dévolution successorale, les constitutions de droit réels par exemple.

A notre avis, on devrait envisager les questions que soulèvent les successions musulmanes à deux points de vue : on devrait s'occuper à la fois et des biens eux-mêmes et de la volonté du défunt, c'est-à-dire laisser aux Arabes ou Kabyles leur système de dévolution successorale, qui seul appartient réellement au statut personnel, et des biens eux-mêmes en réglementant seulement la publicité à donner aux mutations à cause de mort. Nous ne pensons pas que le projet de loi foncière que nous avons étudié plus haut donne satisfaction à ce desideratum. En effet, tandis que l'article 24 déclare que les mutations à cause de mort devront être inscrites, ce qui répond à la seconde partie de notre souhait, l'article 4 soumet à la loi française, sans restriction aucune, les immeubles immatriculés.

Le défaut que nous signalons ne nous semble donc pas avoir été corrigé ; il y a certainement là une lacune que le législateur devrait combler puisqu'il a entrepris de faire une loi favorable aux indigènes et à la colonisation.

Ainsi envisagée la question successorale nous semble appartenir à la fois au statut réel et au statut personnel. Si, comme nous essayerons de le prouver, on ne peut toucher au statut personnel, il n'en n'est pas de même du statut réel, le régime successoral entre donc bien dans la division que nous indiquions au début de ce chapitre qui comprend les matières qui sont traitées avec certaines analogies par le droit musulman et le droit français. On pourrait évidemment appliquer simplement nos lois sur ces matières ; c'est ce qu'on a fait jusqu'à présent sauf pour les questions réservées par l'article 1 du décret du 10 septembre 1886. Mais c'est là un procédé brutal, contraire à l'idée que nous nous faisons en France de la colonisation ; pour nous celle-ci n'est pas seulement un prétexte à conquêtes, c'est également un moyen d'élever jusqu'à notre niveau les peuples doués d'une civilisation moins avancée, ce que nous voulons ce n'est pas les soumettre, c'est les assimiler à nous. Pour cela il ne faut pas bouleverser de fond en comble les lois, les coutumes et les mœurs des indigènes du pays à assimiler ; les lois nouvelles ne

sont bonnes qu'autant que le législateur a tenu compte du milieu où elles doivent être appliquées. Il faut donc pour appliquer nos lois aux indigènes d'Algérie les modifier de façon à les rendre conformes à l'esprit de ceux qu'elles doivent régir. Nous avons vu que le régime foncier tel qu'il existe en France ne saurait convenir à l'Algérie et à la Tunisie, nous avons dit quelques mots de la naturalisation et la création de l'état civil des indigènes, ces matières ne sont pas traitées par le droit musulman et la législation française sur ces points a forcément subi de grandes modifications. Il nous faut maintenant examiner comment on pourra procéder pour les matières déjà traitées par le droit musulman que nous avons énumérées.

La question s'est posée au sujet de l'étude de la création d'une justice musulmane (1). En effet lorsqu'il s'est agi de délimiter la compétence des tribunaux musulmans ou français, il a bien fallu se demander quelles seraient les lois que ces juridictions appliqueraient. C'est pour cela que presque toutes les dispositions législatives délimitent ou essaient de délimiter la compétence de chaque tribunal quant aux matières au sujet desquelles il aura à rendre des jugements. Jusqu'à présent aucune

1. Isaac, Rapport au Sénat sur la justice musulmane.

tentative de fusion du droit français et du droit musulman n'a été faite par le législateur, un rapide coup d'œil sur l'ensemble des lois qui ont essayé d'organiser la justice musulmane donnera la preuve de ce que nous avançons. Il est bien entendu que dans l'examen de ces dispositions nous ne retiendrons que ce qui a trait à la législation proprement dite laissant de côté les questions qui traitent de la compétence des magistrats et de l'organisation des tribunaux.

L'acte de capitulation d'Alger, signé le 4 juillet 1830, déclarait que l'exercice de la religion mahométane resterait libre : on en devait conclure que le droit musulman resterait en vigueur puisqu'il est essentiellement religieux. Jusqu'en 1834 aucune modification n'est apportée à cet état de choses. Les ordonnances du 28 février 1841 et du 26 septembre 1842 avaient voulu tenter un rapprochement entre les deux législations française et musulmane en érigeant la cour d'Alger en une sorte de Midjelès (1) supérieur revisant les sentences des tribunaux indigènes; le décret du 1^{er} octobre 1854 pro-

1. Le Midjelès est une assemblée de jurisconsultes siégeant sous la présidence d'un muphti et qui comprend parmi ses membres le cadi dont le jugement était attaqué. Ce n'est pas une juridiction, il ne tranche pas les différends; il se contente de rendre un avis doctrinal auquel le cadi devant lequel est renvoyé le procès n'est du reste pas tenu de se conformer.

clama « le principe de l'indépendance, en matière civile, de la justice musulmane vis-à-vis de la justice française ». De plus ce décret instituait un conseil supérieur de jurisprudence composé de muphtis et de cadis, sans action directe sur les tribunaux, dans le but de maintenir l'uniformité de la jurisprudence musulmane. Ce conseil était placé sous l'autorité immédiate du gouverneur général, ses membres étaient nommés par le ministre de la guerre dont dépendaient à cette époque les services de la justice en Algérie. Il donnait son avis motivé sur les questions de jurisprudence musulmane que lui soumettait le gouverneur général : cet avis, une fois revêtu de l'approbation du ministre de la guerre devenait à l'avenir obligatoire pour les tribunaux musulmans. Cette institution a été souvent et vivement critiquée : on a fait remarquer qu'elle tendait à donner un corps à une jurisprudence qui n'existait pas, qui variait selon les endroits et qu'il eut été préférable

Le cadi en cas de difficulté de l'interprétation de la loi pouvait saisir le Midjelès lui-même.

Autrefois, en cas de conflit entre le cadi et le Midjelès on convoquait une sorte de tribunal de cassation, le « Midjelès monodara », composé de tous les cadis et muphtis d'Alger et des jurisconsultes les plus renommés de la région ; ce tribunal donnait son opinion sur le débat et le cadi devant lequel la question était portée à nouveau devait se conformer à son interprétation. Le Midjelès monodara n'était pas une institution permanente, il ne se réunissait que sur une convocation spéciale du dey.

de fondre dans la jurisprudence française (1) ce qui aurait pu aboutir à l'assimilation légale des indigènes.

Le décret du 31 décembre 1859 revient aux principes de 1841-42 : il reconnaît que les indigènes musulmans sont régis par la loi mahométane, de plus il leur accorde le droit de contracter sous l'empire de la loi française.

Le décret du 13 décembre 1868, rendu sous l'influence d'idées rapportées par l'empereur Napoléon III d'un voyage en Algérie auquel nous avons déjà fait allusion forme avec celui de 1859 la charte judiciaire des indigènes algériens. Il maintient ce principe que la loi musulmane régit toutes les conventions, toutes les contestations civiles et toutes les questions d'état. Il permet aussi aux indigènes de se soumettre, s'ils le désirent à la loi française. Enfin le décret détermine d'une manière précise les matières comprises dans le statut personnel : mariage, parenté, puissance paternelle, tutelle, majorité, minorité, émancipation, interdiction, mise en surveillance, capacités de donner et de recevoir entre vifs et par testament, capacité pour succéder résultant des liens de famille ou d'alliance.

Jusqu'en 1874 on ne s'était pas occupé de la Ka-

1. D^r Varnier, Menerville, Hugues et Lapra.

byliè. Lors de la soumission de la région, en 1857, l'autorité française avait promis de respecter les coutumes et les usages. Mais bientôt on s'aperçut que les contestations entre musulmans arabes et kabyles amenaient des confusions de législation que le gouvernement français eût peut-être tolérées, lorsque l'insurrection de 1871 vint mettre le comble à cet état de trouble. La question fut réglée par les décrets du 10 mars 1873 et 23 avril 1874, complétés par le décret du 29 août 1874. D'après cette législation, le droit musulman ou kabyle continue à régir les conventions civiles entre indigènes arabes ou kabyles ou musulmans étrangers, ainsi que les questions religieuses et celles qui touchent au statut personnel. Toutefois, les parties peuvent se soumettre à la loi française. — Entre indigènes arabes ou kabyles ou musulmans étrangers, soumis à des lois différentes quant à l'objet de la convention ou de la contestation, la loi applicable sera : en matière réelle, celle du lieu de la situation de l'immeuble, et en matière personnelle et mobilière, celle du lieu où s'est formée la convention, ou à défaut de convention celle du lieu où s'est accompli le fait qui a donné naissance à l'obligation. Bien entendu, si les parties ont indiqué, lors du contrat, à quelle loi elles entendaient se soumettre, cette loi sera appliquée.

Ces modifications ayant été acceptées sans difficulté par les Kabyles, on pensa qu'il était possible d'affirmer plus que l'on ne l'avait fait le principe de l'unification de la législation ; c'est le but poursuivi par le décret du 10 septembre 1886. Jusqu'à cette époque, le droit commun, pour les musulmans, en matière civile, était la loi musulmane ; le nouveau décret édicte (art. 2) que la loi française sera le droit commun. Les musulmans ne seront régis par leurs droit et coutume que pour ce qui concerne :

1° Leur statut personnel (notons que c'est la première fois que le législateur emploie cette formule, sans énumérer ce qu'elle contient, comme dans le décret de 1859) ;

2° Leurs successions ;

3° Ceux de leurs immeubles dont la propriété n'est pas établie conformément à la loi du 26 juillet 1873, ou par un titre français, administratif, notarié ou judiciaire (art. 1).

Cependant, pour toutes les matières régies par la loi française, le juge devra tenir compte, en matière personnelle et mobilière, dans l'interprétation des conventions, dans l'appréciation des faits et dans l'admission de la preuve, des coutumes et usages des parties. — En matière réelle, entre Arabes, Kabyles ou musulmans étrangers, la loi ou la coutume applicable est celle de la situation des biens.

— Les parties peuvent, en outre, comme par le passé, renoncer à leurs lois et coutumes, pour se soumettre à la loi française; mais cette renonciation, autrefois subordonnée à la condition expresse du consentement, peut être désormais présumée : elle résulte de la simple réception, par un officier public français, de la convention originaire, sans déclaration contraire. Cette législation était applicable dans toute l'Algérie, à l'exception de la Kabylie (Bougie et Tizi-Ouzon) laissés sous le régime de la loi de 1874, et du Sahara, soumis au régime militaire. — Cette loi souleva de vives protestations; les indigènes de Constantine et de Tlemcen, notamment, réclamèrent dans les deux pétitions contre la naturalisation dont nous avons déjà parlé. — Aussi le législateur se préoccupait-il bientôt de changer cet état de choses; le décret du 17 avril 1889, qui devait amener cette réforme, ne fit guère que reproduire celui de 1886: il laisse subsister le principe qui fait du droit français le droit commun des musulmans, et assimile au point de vue de la loi qui les régira les Mozabites aux Kabyles (on sait que le M'zab n'a été définitivement annexé qu'en 1882).

Enfin le décret du 25 mai 1892 en organisant la chambre de révision musulmane essaya de rapprocher les deux législations : cette chambre d'appel devenait un tribunal régulateur pour toute l'Algérie, y

compris la Kabylie, le M'zab et le Sahara et formait une sorte de jurisprudence franco-islamique en tenant compte dans l'application, des lois, coutumes et usages des indigènes.

De tout ceci, il se dégage que rien n'a été tenté pour l'union législative des droits et coutumes des indigènes avec notre droit français; sans doute le législateur recommande au juge de tenir compte de la loi indigène en appliquant celle de la métropole aux habitants primitifs du pays, sans doute la nouvelle jurisprudence préparera peu à peu la fusion du droit musulman et de celui de la métropole, mais il n'en est pas moins vrai qu'à l'heure actuelle il existe à côté l'une de l'autre deux législations, différentes qui gouvernent toutes deux certaines matières nettement séparées au lieu de se fondre l'une dans l'autre pour former les principes régulateurs de l'ensemble de ces questions. On obtiendrait de cette manière un cadre dont les sources seraient le droit français et le droit musulman et on formerait une législation certaine, d'un effet beaucoup plus efficace que celui de la jurisprudence dont on est seulement obligé de tenir compte sans que les tribunaux soient liés par ses décisions.

La nécessité d'un pareil travail est depuis longtemps réclamée : on trouve dans les rapports de l'enquête que M. le comte Lehon fut chargé de faire

en Algérie en 1868 une proposition par laquelle il demandait la formation d'une commission « chargée de séparer, dans la loi musulmane, ce qui est civil de ce qui est religieux. »

Depuis, les esprits les plus éminents ont demandé l'application en Algérie de ce code spécial : dans un livre sur l'Algérie, M. Paul Leroy-Beaulieu dit qu'il faut appliquer en le modifiant le code civil aux indigènes. — M. Burdeau (*L'Algérie en 1891*) est de cet avis. — Notre éminent maître, M. Estoublon, exprime bien plus nettement encore cette idée :

« C'est sur le terrain du droit naturel et de la
« morale, dit-il dans un article publié par la *Revue*
« *algérienne* et reproduit par M. Isaac dans son
« rapport au Sénat sur la justice musulmane, que
« nos efforts doivent tendre constamment à rap-
« procher les deux législations. Est-il impossible
« d'y parvenir? Nous ne le croyons pas. Il est bien
« peu de règles du droit musulman qui, sainement
« comprises, résisteraient à une tentative loyale de
« conciliation. Les amendements que la jurispru-
« dence a déjà fait subir à quelques-unes d'entre
« elles sont plutôt apparents que réels. Le droit
« musulman ne doit pas être rendu responsable des
« injustices et des abus de pouvoir qu'il a servi
« souvent à couvrir. »

Suit un exemple. — « Il faut bien avouer cepen-

« dant que la loi musulmane et les Kanouns, avec
« leurs préceptes énigmatiques, leurs contradictions
« et leurs incertitudes, laissent trop largement
« ouvert le champ de l'interprétation et qu'il y aurait
« grand intérêt à en fixer les règles. Comment réa-
« liser ce progrès? Le dernier décret sur la justice
« musulmane du 25 mai 1892 a créé à cet effet un
« pouvoir régulateur chargé d'assurer l'unité de la
« jurisprudence en cette matière. Il donne au pro-
« cureur général le droit de déférer à la cour
« d'Alger les décisions rendues en dernier ressort
« qui seraient contraires aux principes du droit
« musulman (art. 52). La cour annule les disposi-
« tions du jugement contraires à la loi, et, évoquant
« s'il y a lieu, applique les principes du droit et les
« coutumes aux faits tels qu'ils résultent du juge-
« ment attaqué.

« Sans méconnaître que cette institution puisse
« concourir utilement au but qu'elle se propose
« nous ne croyons pas qu'elle suffise à l'atteindre.
« La cour supérieure ne rendra d'arrêts que sur les
« questions qui lui sont soumises et même sur ces
« questions elle n'aura pas le droit de prononcer
« par voie générale et réglementaire (art. 5, C. civ.)
« Les décisions n'auront donc pas force de loi et ne
« lieront pas les tribunaux.

« Il n'y a suivant nous qu'un moyen vraiment

« efficace et rapide, c'est une codification officielle
« du droit musulman et des coutumes. »

Pour nous, la codification officielle du droit et des coutumes des indigènes d'Algérie ne serait pas suffisante; nous voudrions qu'on fit plus, nous désirerions, et c'est aussi l'avis du savant auteur que nous venons de citer, que ce code comprît non seulement le droit et les coutumes d'Algérie mais encore une fusion de ces coutumes avec le droit français. C'est de cette façon que nous envisageons l'application de nos lois quant aux matières déjà traitées, mais avec certaines analogies, par le droit musulman. Nous examinerons dans une dernière partie s'il y a lieu d'appliquer la théorie que nous allons exposer au statut personnel.

L'islamisation du droit civil.

Nous avons dit, et prouvé on s'en souvient, que le droit musulman était perfectible : nous avons envisagé le Coran comme un cadre dans lequel on peut « tout » faire entrer à condition de ne pas heurter les principes qui en composent l'harmonie. D'après Savvas-Pacha, les vérités qui fournissent la solution du problème qui nous préoccupe, peuvent se résumer de la façon suivante :

« 1° Le musulman, tout mauvais musulman qu'il
« puisse être, ne peut accepter sans *abjurer* une
« vérité de n'importe quelle nature — toutes les
« vérités sont religieuses pour le musulman — si
« elle n'est pas islamisée, c'est-à-dire, s'il ne
« lui est pas démontré qu'elle s'appuie sur
« l'une des assises sacrées jetées par Dieu et son
« prophète. — 2° Rien n'est plus facile — l'abon-
« dance des sources de la loi musulmane étant
« donnée — que d'islamiser toutes les vérités, de
« les asseoir sur des bases véritablement orthodoxes
« et de les rendre par conséquent, non seulement
« acceptables, mais obligatoires pour la conscience
« mahométane. »

L'abjuration est inconnue du musulman : il peut se soumettre à une loi non musulmane, mais il ne fait que la subir. En vertu d'un dogme fondamental de la religion coranique, « le dogme de la contrainte » il obéit à la loi du plus fort et son impuissance enlève à sa conduite tout caractère d'abjuration, sa conscience est entièrement à l'abri du parjure. Mais dès que l'occasion s'en présente, il doit relever la tête, se dérober à l'action des oppresseurs et même si c'est possible les chasser et les anéantir :

« Tuez les infidèles partout où vous les trouverez
« et chassez-les d'où ils vous auront chassés. Ceux

« qui sacrifient la vie d'ici-bas à la vie future com-
« battent dans la voie de Dieu; qu'ils succombent où
« qu'ils soient vainqueurs nous leur donnerons une
« récompense généreuse... Les jouissances d'ici-
« bas sont bien peu de choses comparées à celles de
« la vie future.» Voilà ce que dit le Coran. (1)

Et ce qui prouve surabondamment la vérité de ce que nous venons de dire, c'est le caractère saint de toutes les révoltes que nous avons eu à subir de la part des musulmans d'Algérie. La guerre acharnée qu'Abd-el-Kader mena contre nous pendant douze ans est une guerre de religion, il l'appelle la « Guerre Sainte ». Les dernières insurrections que nous avons eu à réprimer ont été justifiées de la même façon. L'insurrection de 1871 fut soulevée par Mokrani, bach-agma de la Medjana, noble d'épée sans attaches religieuses. Il avait pour cela des motifs personnels mais ne manqua pas de donner à sa révolte un caractère religieux : des grâces spéciales furent promises à tous ceux qui se feraient tuer dans la croisade contre les chrétiens. De tout temps on a vu les Kabyles s'allier aux Arabes pour combattre les chrétiens et cependant ils se haïssent mutuellement, mais leur haine tombe lorsque la cause de l'Islam est en jeu.

1. Coran : chapitres II, IV et IX (traduction Kasimirski).

Ainsi donc, nos lois imposées telles quelles, outre qu'elles ne sauraient convenir au milieu nouveau de l'Algérie, ne sauraient être acceptées par les indigènes qu'en vertu du dogme de la contrainte. Pour qu'il en soit autrement, il faut, selon l'expression employée par Savvas-Pacha, « islamiser » le droit moderne. Qu'est-ce donc qu'islamiser? Nous laissons à l'éminent auteur le soin de nous donner le sens qu'il attache à ce mot :

« Islamiser veut dire rendre une disposition
« légale conforme à la vérité juridique de l'Islam,
« en démontrant, d'une part, qu'elle n'est pas con-
« traire aux principes fondamentaux du droit
« musulman, et de l'autre, que son introduction
« dans le code est réclamée par le besoin des temps.
« Les lois ne peuvent être modifiées que par le
« besoin des temps, a dit le Prophète. L'adaptation
« d'une loi, d'une institution aux besoins de chaque
« époque est donc permise, recommandée même.
« Elle doit, cependant, être effectuée conformément
« à la méthode islamique, au règles et aux procédés
« admis et considérés comme orthodoxes... —
« Islamiser signifie donc rendre islamiquement
« acceptable une loi, un règlement, une institution,
« par des procédés islamiquement corrects. Ces
« procédés et ces règles, la méthode dans son
« ensemble, sont également de révélation ; ils font

« partie intégrante de la religion : ils sont tirés des sources sacrées de toute croyance islamique, c'est-à-dire la parole de Dieu, la conduite de son élu ».

Le sens du mot islamiser étant exactement établi, il nous faut en outre déterminer nettement le but de l'islamisation afin de faire cesser l'équivoque que cette expression a fait naître dans certains esprits dont les idées étaient contraires à la thèse que nous soutenons. Prenant au pied de la lettre les mots « Islamisation du droit français » ces personnes déclarent qu'on veut rabaisser le droit français au niveau d'une législation inférieure, et que ce procédé au lieu d'élever les indigènes jusqu'à nous, nous fera descendre jusqu'à eux. C'est mal comprendre le but poursuivi : islamiser le droit ne veut pas dire l'abaisser au niveau d'une législation moins perfectionnée, cela veut dire étendre et perfectionner le droit musulman en y introduisant toutes les améliorations qu'on pourra puiser dans les codes les mieux faits de l'Europe, en les rendant par les procédés de la méthode islamique, non seulement acceptables mais aussi obligatoires pour la conscience musulmane : c'est donc le triomphe des idées et de la civilisation française dont la plus parfaite expression est le droit, qu'on veut obtenir par l'islamisation de nos codes.

Le travail d'islamisation des matières juridiques

nouvelles est désigné en arabe par le mot « techri », qui signifie mot à mot rendre conforme à la loi islamique. L'islamisation a été pratiquée de nombreuses fois dans le monde musulman; nous en avons cité des exemples; le contrat de location a été islamisé en Syrie; le sultan Mahmoud introduisit par ce moyen les quarantaines en Turquie. La méthode suivie par les jurisconsultes musulmans avait pour base les quatre sources fondamentales du droit musulman. Elle a été poussée à son dernier degré de perfection par l'Imami-Azam, chef de l'école hanefite. Celui-ci s'est sans cesse appliqué à faire jouer à la raison humaine le rôle que Dieu lui a destiné. Il ne substitue pas, comme on l'a prétendu, la raison pure à la révélation, mais il lui confie le soin de préparer et de choisir les preuves fournies par cette dernière. Il rend ainsi évidente la responsabilité humaine, il en démontre l'existence à côté de la toute-puissance de Dieu. Il recommande l'étude des faits qui ont produit les décisions rapportées dans le Coran et le Sounnète, prétendant à juste titre qu'on ne saurait interpréter exactement un texte si l'on ne connaît pas l'esprit qui l'a dicté.

Pour islamiser les solutions données par lui aux questions nouvelles, Numan se servait des deux sources dérivées du droit musulman, l'opinion unanime et l'analogie légale. Par l'analogie légale,

il recherchait dans le Coran et le Sounnète les principes sur lesquels il pourrait appuyer la solution à islamiser en ayant bien soin d'étudier les circonstances dans lesquelles le prophète avait pris les décisions qui pourraient lui servir de base. Puis il réunissait les savants, leur soumettait son travail, discutait avec eux, en un mot se servait de l'opinion unanime pour faire sortir de cette « réunion de croyants » une vérité nouvelle basée sur un principe islamiquement exact.

Cette méthode s'applique admirablement au problème dont nous cherchons la solution ; on se rappelle que les parties du droit français dont il s'agit ici occupent dans le droit musulman une place aussi considérable que dans le droit civil. Dans les deux législations les mêmes principes se retrouvent ou à peu près. Un exemple nous convaincra ; comparons la vente française avec la vente musulmane telle qu'elle est réglée dans le rite malékite, qui est comme on le sait le plus répandu en Algérie (1).

Ibn Arfa la définit : « La vente est un contrat commutatif, dont l'un des équivalents ne consistant ni en or, ni en argent est déterminé contrairement à ce qui a lieu pour l'autre équivalent consistant en numéraire. » — La vente est un contrat consensuel,

1. Zeys, *Traité élémentaire de droit musulman*.

elle se forme par tout fait juridique qui implique le consentement. — Les parties doivent être douées de discernement ; leur consentement ne doit être vicié ni par la violence, ni par l'erreur, ni par le dol. Enfin la vente doit avoir un objet.

Tout ceci ne se retrouve-t-il pas en droit français ? « La vente, dit l'art. 1582, est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer », c'est l'idée d'Ibn Arfa mais exprimée d'une façon plus parfaite. De même en droit français la vente est un contrat consensuel ; pour acheter ou vendre il faut être capable et c'est ce que signifient les mots « doués de discernement » interprétés à l'aide des nombreux exemples de discernement donnés par le droit musulman. Il ne doit pas y avoir en droit français ni dol, ni violence, ni erreur. La vente doit également avoir un objet.

Sans doute dans le détail on trouve de nombreuses différences qui proviennent, selon nous, de ce fait que le droit musulman s'attache à prévoir le plus grand nombre possible de cas d'application des principes qu'il pose : ainsi l'objet doit être pur, c'est-à-dire non souillé par une chose impure (le fumier, la graisse, le sang, la peau d'un animal mort, etc.) ; il ne doit pas être frappé d'une prohibition légale : le Coran, par exemple, défend la vente d'un chien ou bien un musulman ne peut vendre à

un non-musulman, un exemplaire du Coran, des armes, du cuivre, etc. Toutes ces subtilités ne se retrouvent pas en droit français, où par contre il en existe d'autres, mais les principes sont les mêmes ; il est donc facile de rapprocher les deux législations et d'appuyer la nouvelle codification sur des principes purement islamiques qui seront la plupart du temps les mêmes que ceux du droit civil.

Il nous semble inutile de multiplier les exemples, celui que nous avons choisi nous paraît prouver suffisamment la vérité de ce que nous avançons.

Le procédé pratique à employer pour mener à bonne fin l'islamisation du droit civil a été indiqué par l'auteur de la théorie elle-même, Savvas-Pacha. Voici comment nous le comprenons :

Il faudrait réunir deux commissions composées, la première de jurisconsultes français et musulmans (commission mixte), la seconde, uniquement de jurisconsultes musulmans (commission musulmane). A la commission mixte serait confié le soin de rechercher dans le droit français et dans le droit musulman les dispositions semblables, analogues ou différentes : ce triage mettrait en évidence les parties du droit musulman qu'il faudrait conserver, celles qu'il faudrait modifier, celles qu'il faudrait faire disparaître, il montrerait quelles sont les dispositions de notre droit civil qui sont inconnues de

la législation musulmane, dispositions qu'il faudrait y introduire pour la compléter en les islamisant.

Une fois cette espèce de classification opérée, on procéderait à l'islamisation proprement dite du droit français. Pour cela on se servirait surtout de l'analogie légale, ce serait l'œuvre de la commission musulmane : les « uléma » qui la composent devraient rechercher dans les sources mères seules, c'est-à-dire dans le Coran et le Sounnète les bases orthodoxes sur lesquelles on se proposerait d'appuyer les propositions nouvelles.

Nous disons les sources mères seules, contrairement à la théorie soutenue par M. Isaac dans son rapport au Sénat sur la justice musulmane en Algérie dans lequel nous lisons : «..... on trouverait certainement dans les quatre sources principales et les seize sources secondaires de la loi musulmane des bases parfaitement orthodoxes sur lesquelles on assoierait les dispositions de nos codes ». En effet le droit musulman n'a pour véritables sources que le Coran et le Sounnète : l'analogie légale, l'opinion unanime et les seize sources secondaires n'ont servi qu'à augmenter et à perfectionner les théories qui se trouvaient en germe dans les deux sources mères, les seules qui proviennent directement de Dieu. C'est donc à celles-là seulement qu'on devra se reporter si l'on veut trouver des fondements vérita-

blement orthodoxes pour l'islamisation du droit moderne.

De plus cette solution nous procurera l'avantage incontestable de nous faire obtenir une législation uniforme par tous les musulmans ; les sources mères sont uniques, le droit qui provient des sources dérivées et des sources secondaires varie selon que la question est traitée par tel ou tel rite orthodoxe ou non orthodoxe. Nous ne voulons pas dire par là qu'on ne doive tenir compte en quoi que ce soit des théories admises selon les rites qui gouvernaient ceux auxquels le droit ainsi islamisé s'appliquera ; sans doute il faudra examiner les ressemblances et les différences qui pourront exister entre le droit français et les différentes législations musulmanes, et cela en vertu de ce principe qui déclare qu'une loi n'est bonne que si le législateur l'a créée pour le milieu même auquel elle doit s'appliquer, mais, lors même que le code nouveau serait en contradiction avec certaines théories rituelles, les indigènes n'auraient pas le droit de se plaindre en tant que musulmans puisqu'il serait tout de même orthodoxe, basé sur le Coran et le Sounnète. — Agir autrement serait vouloir doter l'Algérie d'un système législatif analogue au droit coutumier : il faudrait faire une codification pour le droit malékite, une codification pour le droit hanefite, on devrait ne pas oublier non

plus le droit kabyle et penser également au rite ibadite du M'zab. — Il est certain qu'il s'agit là d'une œuvre de longue haleine, mais nous ne pensons pas qu'il soit impossible d'arriver à l'unification du droit algérien, pas plus qu'il n'a été impossible de supprimer en France les différences qui existaient entre les diverses coutumes et entre les pays de droit écrit.

La commission musulmane devra donc rechercher avant tout dans le Coran et dans le Sounnète les bases de la théorie du droit musulman lui-même, quitte à tenir compte de ce dernier mais à titre de simple usage. C'est ainsi que la théorie du louage, telle qu'elle existe dans le rite malékite, devra être réduite à zéro puisque ni le Livre Saint, ni la Conduite du Prophète ne parlent de ce contrat. Les sources pures mises en lumière, les ulema seront chargés de rechercher parmi elles les principes sur lesquels ils pourraient appuyer les dispositions du code civil qui n'auraient point leurs analogues dans la législation islamique. De cette façon le travail des deux commissions se complèterait l'un par l'autre et l'on arriverait à obtenir des lois ayant des bases absolument orthodoxes, auxquelles les musulmans ne pourraient se soustraire sans impiété.

Mais ce n'est pas tout de faire la loi, il faut encore l'appliquer et cette application constitue un

problème nouveau que nous croyons pouvoir formuler de la façon suivante : par quel canal pourrions-nous faire parvenir aux indigènes le droit français ainsi islamisé.

En Tunisie la réponse est facile : le bey peut nous servir d'intermédiaire, c'est lui qui promulguera le code nouveau, et cela n'aura absolument rien d'anormal puisque c'est lui qui représente le Vouzera, institution à la fois civile et religieuse. Mais en Algérie il n'existe rien de semblable : avant la conquête française le pays était la proie de l'Odjaq, horde de janissaires à laquelle les questions d'ordre législatif importaient peu, et qui pensaient plutôt à piller et à percevoir les impôts les plus forts possible qu'à doter d'un système de lois la contrée soumise à leur domination.

Reste le clergé musulman. A notre arrivée en Algérie nous nous sommes trouvés en présence de deux sortes d'autorités religieuses, d'une part les marabouts et les confréries religieuses qui s'appliquent à conserver dans toute sa pureté la foi musulmane et la haine de l'infidèle. De l'autre le clergé proprement dit chargé du service des mosquées de l'enseignement du Coran et du soin de rendre la justice. A chacun de ces divers services correspondent des fonctions spéciales ; l'*iman* est chargé de dire la prière dans les mosquées, le *muphti* est

l'interprète de la loi qui donne des décisions sur les questions de religion ou de droit, enfin le *cadi* qui est son inférieur rend la justice. Dès les premiers jours de la conquête, ce clergé, jaloux de son autorité que battaient en brèche les Marabouts et les Khouans nous avaient spontanément apporté des gages de conciliation en demandant au général Bourmont de lui dicter une prière publique destinée à remplacer celle que les musulmans adressaient à Dieu en faveur du sultan de Constantinople. Le texte de cette prière montre à quel point l'appui de ce clergé pouvait nous être utile. « Fortifie, ô mon
« Dieu, quiconque fortifiera la religion musulmane!
« Vivifie les bons sentiments du cœur de quiconque
« vivifiera la tradition du Prophète! Protège-nous,
« mon Dieu, contre les troubles de ce monde et les
« peines de l'autre, car tu es tout-puissant. »

Malheureusement nous avons dédaigné les avances de ce clergé comme celles des Coulouglis, nous avons commis la faute de ne pas maintenir puissante et respectée l'autorité des muphtis et des imans. En Tunisie on s'est gardé de suivre cet exemple : l'administration du protectorat a pris soin tout au contraire de s'assurer vis-à-vis des fidèles le concours du clergé musulman. C'est ainsi que la commission chargée de préparer la loi foncière que nous avons analysée comprenait parmi ses membres

les quatre personnages religieux les plus considérables de la régence : le bach-muphti maléki (grand-muphti) ou cheikh-ul-islam, le bach-muphti hanefi, le cadi maléki et le cadi hanefi. Grâce à leur intervention, la législation relative à certains points particuliers, la conditions des biens habbous par exemple, a pu être réglementée, ce qui n'eût pas été possible si la commission avait été composée exclusivement de non-musulmans (1).

En Algérie en a suivi une politique tout à fait opposée : on aurait dû tout d'abord instituer un « cheikh-ul-islam » chef suprême de la religion. Ce personnage qui eût été notre créature, comme les rajahs de l'Inde celles de l'Angleterre, eût contribué à rendre le plus grand prestige au clergé musulman auquel il aurait donné une direction religieuse favorable aux idées françaises en dispensant les muphtis de la chercher auprès des docteurs de Fez ou de Tétouan, comme cela s'est déjà produit. De plus il aurait pu être notre intermédiaire vis-à-vis des indigènes, être entre la France et l'Algérie quelque chose d'analogue à ce qu'est le bey entre le gouvernement de la métropole et la Tunisie.

Mais puisque ce moyen n'existe pas, puisque le clergé régulier des musulmans ne peut nous servir

1. Burdeau, Vignon, Ouvrages cités.

à donner une solution au problème que nous essayons de résoudre, il faut chercher ailleurs et à notre sens le moyen le plus simple est de faire promulguer la loi nouvelle par le gouvernement français.

Immédiatement une objection se présente : la nouvelle loi, assise sur des bases sacrées perdra tout son caractère du moment qu'elle aura passé par les mains non musulmanes chargées de la faire parvenir à ceux qu'elle doit diriger.

Cette objection paraît sans réplique au premier abord. En vain peut-on répondre qu'en Égypte et en Turquie certains conseillers du khédivé et du sultan sont chrétiens, que le Prophète lui-même avait des chrétiens parmi ceux à qui il demandait avis, ces chrétiens n'étaient que conseillers, ce n'était pas d'eux qu'émanait la loi. Mais ce n'est pas à dire que le problème soit insoluble, ce serait oublier que la méthode dont l'Imami Azam est le créateur comprend deux moyens, l'analogie légale (idjma) et l'opinion unanime (qiyas) et que jusqu'ici nous n'avons parlé que du premier.

Pour se servir du qiyas, on peut tout d'abord créer une sous-commission exclusivement musulmane chargée de contrôler les travaux de la commission mixte et de la commission musulmane, et de promulguer la loi, fruit de ces travaux. Ceci est impos-

sible : en effet, avec ce système on met le gouvernement français au second plan, rôle qu'il ne peut accepter et de plus le contrôle de cette sous-commission composée seulement d'un petit nombre de musulmans ne répond pas à l'idée exprimée par les mots « opinion unanime ».

Il faut donc procéder autrement ; pour cela il faut placer la loi nouvelle non pas seulement sous le contrôle d'une sous-commission, mais sous celui de l'Islam tout entier. Il faudrait que la commission législative déclare : « Quelque soin que nous ayons
« apporté à l'islamisation du droit français, il se
« peut que nous nous soyons trompés ; s'il en est
« ainsi que les plus savants nous signalent notre
« erreur, nous discuterons avec eux et de cette dis-
« cussion sortira la vérité. »

Avec ce système, la loi nouvelle achevée serait promulguée par le gouvernement français, mais celui-ci aurait un rôle tout à fait spécial : cene serait plus lui qui serait considéré comme le créateur de la législation, il n'en serait que le *publicateur*, créons le mot, il serait aux yeux des croyants le héraut chargé de leur faire parvenir la vérité qui, elle, proviendrait d'une source pure puisqu'elle serait appuyée sur des bases orthodoxes, et que cette vérité serait, du jour où elle deviendrait obligatoire pour eux, placée sous le contrôle de l'Islam

entier chargé de la rendre plus pure si c'était nécessaire. Le Prophète a dit dans le Sounnète et tout ceci n'en est que l'application : « Les lois doivent s'adapter au temps, l'état (émir) doit consulter les savants et exécuter ce que l'idjma et le qiyas décident ».

Une fois la loi faite et promulguée il faudrait la porter à la connaissance des indigènes, non pas des indigènes des basses classes, mais de ceux qui sont appelés à jouer un jour un rôle dans la société, comme les cadis par exemple. On pourrait pour cela créer un système d'enseignement pour lequel le clergé musulman serait d'un grand secours. Actuellement on enseigne dans les medersas les commentaires de Sidi Khalil sur le droit malékite ; on pourrait y substituer l'enseignement de la loi nouvelle concurremment avec le Coran qui en serait la base.

Nous ne faisons que signaler ce dernier point dont le développement nous ferait sortir du cadre que nous nous sommes tracé.

QUATRIÈME PARTIE

MATIÈRES TRAITÉES
D'UNE FAÇON DIFFÉRENTE
PAR LE DROIT CIVIL
ET LE DROIT MUSULMAN

Statut personnel.

Avant d'aborder l'étude de cette dernière partie de notre programme, il faut nous demander ce qu'on entend par statut personnel en droit musulman. Dans la législation française, on a pris soin de mettre à part les matières qui se rattachaient à cette partie du droit; l'article 3 du code civil déclare que le statut personnel est cette partie du droit qui règle l'état et la capacité des personnes, *statutum quod ad personam respicit*. Le statut personnel comprend donc toutes les matières traitées par le livre I^{er} du code civil et les lois qui y correspondent, la loi sur le divorce par exemple. Quant aux lois qui sont relatives à la fois aux personnes et aux biens, on admet qu'elles appartiendront au statut personnel ou réel suivant que les personnes ou les biens y font le principal objet des préoccupations du législateur : ainsi le régime successoral appartient au statut réel, parce que c'est le sort des biens que la loi règle avant tout. Au contraire le droit de jouissance légale de l'article 384 appartient au statut personnel, car il n'est qu'un attribut de la puissance pa-

ternelle qui en fait elle-même partie. Tel est le critérium sur lequel on se base pour déterminer le statut auquel appartient telle ou telle loi.

En droit musulman, nous n'avons pas de données aussi certaines : le Coran ne songe pas à distinguer le statut réel du statut personnel, et les écoles orthodoxes ne s'en sont pas préoccupées davantage. Le seul document auquel on puisse se reporter pour avoir une idée du statut personnel musulman est de source française : c'est l'article 24, 5^e alinéa, du décret du 13 décembre 1866. D'après cet article le statut personnel comprend :

« Les formes et conditions nécessaires à la validité du mariage; délais légaux de l'aïdda » (délai pendant lequel il est interdit à la femme de se remarier à la dissolution du mariage par la mort ou la répudiation); « et de l'istibra » (c'est l'aïdda dans le cas où le mariage cesse en raison de l'adultère de la femme); « devoirs réciproques des époux, divorce, « répudiation, séparation de corps, restitution de « dot, si elle est réclamée pour manquement aux « devoirs du mariage, filiation, parenté, exercice de « la puissance paternelle; adoption; constitution de « la tutelle; droits du tuteur sur la personne du « mineur; état de majorité ou de minorité des « parties; demandes d'interdiction ou de mise en « surveillance, capacité pour succéder résultant de

« liens de famille ou d'affinité; capacité pour dis-
« poser ou recevoir en matières de donations et
« testaments. »

Il est certain que cette formule est mauvaise par la raison qu'elle énumère limitativement un certain nombre de cas qui font partie du statut personnel au lieu de mentionner d'une façon seulement générale les matières qu'il doit comprendre. A notre sens il eut été préférable que le législateur eut écrit, par exemple, mariage à la place de l'énumération qu'il nous donne à ce sujet. En prenant le 5^e alinéa de l'article 24 à la lettre on en arriverait à conclure que toutes les matières que nous, Français, considérons comme étant du statut personnel et qui ne sont pas mentionnées par lui, ne font pas partie du statut personnel, ce qui serait évidemment exagéré.

Dans le droit français, qui est une législation très avancée, on se trouve parfois embarrassé pour appliquer le critérium que nous avons indiqué plus haut : la raison en est que cette application suppose la connaissance de l'intention du législateur qui dans une foule de cas demeure douteuse, car la plupart du temps, il a omis de nous faire connaître dans ses travaux préparatoires les raisons pour lesquelles il prenait telle ou telle décision et surtout s'il avait en vue les choses ou les personnes en agissant ainsi.

L'application de ces principes nous semble beaucoup moins difficile en droit musulman qu'en droit français. En effet Mahomet ne nous a pas laissé que le Coran : A côté du Livre Saint, on trouve le Sounnète, auquel l'Imami Azma recommande toujours de se reporter pour l'interprétation du Coran. C'est en se reportant à la « conduite de Prophète » qu'on pourra sainement apprécier les solutions données par le Livre.

Cette classification des matières contenues dans le statut personnel est de toute nécessité et il est très regrettable qu'on n'ait pas encore songé à confier ce travail à une commission de docteurs musulmans qui seuls seraient capables de le mener à bien. En effet dans l'acte de capitulation du 5 juillet 1830 la France a pris, à ce qu'on prétend, l'engagement formel de respecter le statut personnel des indigènes : il serait donc très important de connaître exactement ce qu'on doit entendre par là.

Il est certain que ce travail fera ressortir des différences considérables entre le droit français et le droit musulman : sans parler des chapitres de l'état civil et de la naturalisation qui n'existent pas en droit musulman, sans parler des successions, qu'il faut mettre à part nous l'avons déjà vu, on trouvera dans les théories également traitées par les deux législations des oppositions très marquées.

Et cela se comprend facilement : le statut personnel est cette partie de la législation qui répond surtout à des besoins créés par les mœurs d'un peuple. Nous pensons qu'il est inutile d'insister sur les différences profondes qui existent à ce point de vue entre un Français et un indigène d'Algérie. Enfin il est possible qu'on trouve certaines analogies : notre éminent président, M. Estoublon, cite, dans un article de la *Revue Algérienne* dont nous avons déjà parlé, un cas où les deux législations se rapprochent, lorsque l'on envisage exactement le sens de la décision musulmane.

« Le droit musulman, dit-il, ne doit pas être
« rendu responsable des injustices et des abus de
« pouvoir qu'il a servi souvent à couvrir. Ainsi
« pour ne parler que du mariage, ne proclame-t-il
« pas lui-même que le droit de contrainte matrimoniale (droit de djebir) ne doit jamais être exercé
« que pour la protection et dans l'intérêt de l'enfant ?
« Les jurisconsultes ne recommandent-ils pas au
« père de consulter sa fille avant de la marier et si
« la fille vierge peut être mariée sans son consentement formel, n'est-ce pas que, d'après eux, ce
« consentement doit être présumé résulter de son
« silence même ? D'autre part, bien que l'usage
« autorise les fiançailles avant la puberté des époux,
« la loi ne prescrit-elle pas au cadi de retarder

« jusqu'à cette époque la consécration du mariage? »

En somme, il y a dans les matières comprises sous le nom de statut personnel, tant au point de vue français qu'au point de vue musulman, une triple distinction qui correspond exactement à celle dont nous nous sommes déjà servis en comparant le Code Civil au Coran.

1° Les matières spéciales au droit français (état civil et naturalisation) dont nous avons déjà parlé et sur lesquelles nous ne reviendrons pas. Il faut aussi placer dans cette division le régime successoral, qui doit être mis à part à cause des différences qu'il présente en droit musulman et en droit français ;

2° Les matières traitées dans les deux législations mais de façon différente, en raison des mœurs et du caractère de chaque peuple ; le mariage, la tutelle, l'interdiction par exemple ;

3° Parmi ces matières il y en a qui présentent des analogies ; le droit de Djebir est l'équivalent du consentement des parents au mariage de leurs enfants. Ce sont ces matières que comprendra la troisième division.

Nous nous sommes occupé ailleurs des matières spéciales au droit français et des successions ; nous n'y reviendrons pas. Nous examinerons seulement la question de savoir s'il y a lieu de toucher ou non aux dispositions des deux autres catégories et quelles

sont les raisons qui militent en faveur de l'une et l'autre thèse.

Beaucoup d'auteurs pensent que nous ne devons pas toucher au statut personnel des indigènes algériens parce que nous nous sommes engagés à le respecter dans le traité du 5 juillet 1830. Nous ne pensons pas que cette raison soit bonne : En effet le paragraphe 5 de l'acte de capitulation ne parle pas spécialement du statut personnel : « La liberté des « habitants de toutes classes, *leur religion*, leurs « propriétés, leur commerce et leur industrie, ne « recevront aucune atteinte. Leurs femmes seront « respectées. Le général en chef en prend l'engage- « ment sur l'honneur ». Telles sont les termes de cet article qui seul se rapporte à la question que nous étudions. Le mot statut personnel n'y est pas prononcé, mais il y a les mots « *leur religion* » qui, si l'on s'en tenait aux termes du traité, formeraient un obstacle bien plus considérable à toute tentative de réglementation des lois musulmanes. Pour les mahométans le droit, nous l'avons dit et prouvé, fait partie intégrante de la religion : c'est sur elle seule qu'il repose. Il en résulte que toute modification des lois indigènes est une atteinte à la religion et que depuis soixante-cinq ans nous avons violé maintes fois notre serment. — Il est certain qu'une pareille interprétation est fausse et qu'il ne faut pas

prendre à la lettre les termes de la convention de 1830 : le mot seul que nous venons de citer suffirait à barrer la route à toutes les réformes.

Du reste la convention de 1830 est aujourd'hui devenue lettre morte. Pour qu'un traité existe valablement, il faut que chaque partie en observe les clauses tant réelles que tacites ; parmi ces dernières était évidemment comprise, pour les indigènes, l'obligation de respecter notre autorité. Les nombreuses révoltes des Arabes ou Kabyles nous donnent donc le droit de reprendre notre liberté d'action, puisqu'eux-mêmes n'ont pas tenu leurs engagements. Ce n'est donc pas dans le traité de 1830 qu'il faut chercher la raison pour laquelle il ne faut pas toucher au statut personnel. Même en admettant sa validité à l'heure actuelle nous pensons que la France pourrait y porter atteinte, car ce n'est pas à notre sens violer son serment que d'améliorer une chose à laquelle on a promis de ne pas toucher surtout lorsqu'il s'agit d'objet absolument inconnu, comme l'était le droit musulman au moment de la conquête.

Puisque nos engagements vis-à-vis des indigènes algériens ne nous empêchent en rien de modifier leur statut personnel, pourquoi ne le faisons-nous pas ? Il y aurait cependant un grand intérêt à cela car il est certain que l'organisation de cette famille

musulmane que nous n'avons pu pénétrer jusqu'à ce jour constitue un obstacle considérable au rapprochement des deux races.

Tant que les femmes vivront dans un état analogue à celui où elles vivent actuellement, c'est-à-dire dans un état de claustration qui les tient éloignées de nous, elles ne pourront apprécier les bienfaits de la civilisation que nous voulons enseigner aux leurs. Fanatiques farouches, elles emploieront toute leur influence à maintenir dans la haine du « rouni » leur mari et leurs enfants et ce qu'il y a de plus extraordinaire, elles le doivent aux yeux de la loi musulmane qui déclare qu'aucun commandement ne peut être considéré comme sacré s'il n'est assis sur une base orthodoxe.

La femme musulmane est placée dans une situation merveilleuse pour dominer de son influence l'esprit de ses enfants ; jusqu'à l'âge de la puberté pour les garçons, jusqu'à la consommation du mariage pour les filles (rite malékite) les enfants sont placés sous la garde de la mère, sous sa « hadana » selon l'expression de la jurisprudence musulmane qui littéralement signifie « couvrir ». A défaut de la mère, ce soin est dévolu à la parente la plus proche à quelque degré que ce soit (1). C'est donc à la femme

1. Sellami, *La femme musulmane*.

qu'est confiée l'éducation première des enfants musulmans et il est bien certain, que dans son intransigeance religieuse elle doit s'efforcer de leur inculquer la haine de tout ce qui n'est pas mahométan, de sorte que notre tâche au lieu de se borner à ensemençer un terrain vierge de toute culture devient beaucoup plus ardue puisqu'il nous faut détruire l'ouvrage qui fait obstacle à notre entreprise.

Cependant, malgré l'évidence des inconvénients que présente l'état actuel des choses, nous ne pensons pas que le statut personnel des indigènes d'Algérie puisse être modifié du moins dans ses principes. La raison en est, à nos yeux, que le statut personnel répond, nous l'avons déjà dit, à des besoins créés par les mœurs et que ce n'est pas par des lois qu'on peut modifier les mœurs d'un peuple. Lorsque Mehemet II s'empara de Constantinople, il ne modifia pas le statut personnel de ses habitants, parce qu'il comprenait bien qu'il était impossible de modifier du jour au lendemain les usages et les habitudes contractés depuis des siècles. La preuve en est, pour l'Algérie, que même au cas de naturalisation, les indigènes ne peuvent se résoudre à abandonner leur statut personnel; beaucoup continuent à se marier devant le cadi, ils ont les quatre femmes permises par la loi coranique. Lorsqu'on leur rappelle que la polygamie est interdite au

droit français ils déclarent qu'une seule de leur femme est légitime et que les autres sont des concubines et, ce qui est très significatif, les femmes elles-mêmes appuient ce mensonge. Ils sont profondément indignés d'apprendre que les enfants nés de de ces femmes seront adultérins et n'auront aucun droit à leur succession (1).

Sans doute on pourra dans les détails, modifier certains points du statut personnel musulman en les islamisant bien entendu. Par exemple on pourrait fixer l'âge de la nubilité légale; plusieurs cadis, consultés à ce sujet, ont déclaré qu'ils ne voyaient aucun inconvénient à cela pourvu que dans cette fixation il fut tenu compte de la précocité des filles indigènes (2). Mais nous ne pensons pas que le statut personnel en tant que droit familial puisse recevoir aucune atteinte : les lois seront impuissantes à modifier en quoi que ce soit les mœurs des indigènes. Le contact journalier, le frottement des deux races pourront seuls amener ce résultat qu'on pourra peut-être hâter en s'aidant d'auxiliaires dont l'instruction et surtout l'instruction des femmes sera sans contredit le plus puissant.

1. Burdeau, ouvrage cité.

2. Isaac, ouvrage cité.

CONCLUSION.

Les études ethnographiques de ces derniers temps ont démontré qu'il existait dans l'Europe, l'Asie et l'Afrique une population musulmane qu'on évalue au chiffre de deux cents millions d'âmes. Les peuples musulmans, dont la civilisation brilla au moyen âge d'un éclat si puissant, sommeillent aujourd'hui et persistent dans une torpeur que justifie le fatalisme de la plupart des adeptes de la religion de Mahomet. La raison en est à notre sens, non pas l'immobilité des institutions islamiques, mais l'absence d'une force qui mettrait en mouvement le monde oriental ; cette impulsion ne peut venir que des peuples civilisés de l'Europe dont le devoir est de rechercher les moyens propres à améliorer l'état de cette partie considérable de l'humanité pour essayer d'élever ses membres jusqu'au niveau intellectuel de l'Europe occidentale. Ce problème n'est pas impossible à résoudre, l'exemple des heureux résultats obtenus par la Russie auprès des Tartares et des Slaves montre bien qu'un peuple civilisé, peut parvenir à pénétrer et à fondre en lui-même les populations islamiques.

Parmi les moyens employés pour atteindre ce but, se place au premier rang l'adaptation des lois européennes aux principes qui régissent la société musulmane. Ces lois, il faut les modifier selon le pays et les habitants qu'elles doivent régir, en tenant compte de leurs habitudes et surtout des prescriptions qui ont été jusqu'à l'heure actuelle les principes directeurs des consciences musulmanes.

Nous avons essayé d'étudier comment une partie du droit français, la plus importante, pouvait s'appliquer à l'Algérie. Nous avons vu que même dans le cas où aucune institution ne gênait l'introduction des lois modernes, la législation française devait subir des remaniements et que les lois nouvelles ainsi modifiées ne devaient pas être imposées aux indigènes. Nous avons vu que pour d'autres parties, il fallait islamiser le droit moderne afin de l'asseoir sur des bases orthodoxes de façon à le rendre obligatoire pour un peuple chez lequel la religion est le principe dominant de toutes choses, qu'enfin le statut personnel devait rester tel quel, dans les grandes lignes tout au moins, parce qu'il répond à des besoins créés par les mœurs et que ce n'est pas par des lois qu'on peut arriver à modifier les mœurs d'un peuple.

Aucune nation civilisée, même l'Angleterre qui gouverne de si nombreux musulmans dans l'Inde.

n'a encore entrepris une tâche aussi considérable que celle dont nous venons de tracer les grandes lignes pour un point particulier, le droit civil. Il semble donc qu'il est de l'intérêt de la France de profiter de son établissement en Algérie pour tenter de doter de ses lois les musulmans de ce pays : c'est même son devoir puisqu'elle a entrepris la tâche si noble de l'assimilation des indigènes

Si cet essai réussissait, le problème du gouvernement direct des peuples musulmans par des non-musulmans serait résolu ; il ne serait plus besoin d'avoir recours comme en Tunisie à un bey pour faire parvenir, sans leur imposer nos lois, nos institutions aux indigènes. Et de ce petit coin de la terre qu'est l'Algérie pourrait partir « un mouvement « civilisateur de l'Islam tout entier dont les souverains seraient heureux de voir que la France s'est « préoccupée de leurs « ouailles » (oumet) au point « d'islamiser son droit afin de ne pas violenter, dans « son application, la conscience des croyants. »

Vu: le Doyen de la Faculté

GARSONNET

Vu: le Président de la Thèse

ESTOUBLON

Vu et permis d'imprimer:

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

GRÉARD

BIBLIOGRAPHIE

- ESTOUBLON. — A son cours.
SAVVAS-PACHA. — Étude sur la théorie du droit musulman (1^{er} vol.).
LÉON ROCHES. — Trente-deux ans à travers l'Islam.
ZEYS. — Droit musulman algérien (rite malékite).
BURDEAU. — L'Algérie en 1891.
ROBE. — De la propriété immobilière en Algérie.
DAIN. — Le système Torrens. — De son application en Algérie et en Tunisie.
PAUL LEROY-BEAULIEU. — Étude sur l'Algérie et la Tunisie.
LA TUNISIE. — (Publication faite à l'occasion du congrès de Carthage en 1896).
NARCISSE FAUCON. — La Tunisie.
LOUIS VIGNON. — La France dans l'Afrique du Nord.
FRANCK CHAUVEAU. — Rapport au Sénat sur la propriété foncière en Algérie (1893).
ISAAC. — Rapport au Sénat sur la justice française et musulmane (1895).
P. CAMBON et MASSICAULT. — Rapports sur la loi foncière tunisienne. — La loi foncière tunisienne et les règlements annexes.
GIDE. — L'Act Torrens.
MENERVILLE. — SAUTAYRA. — HUGUES. — LAPRA. — Législation de l'Algérie.
ESTOUBLON et LEFÉBURE. — Code de l'Algérie annoté.
Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence.
MAURICE BOMPARD. — Législation de la Tunisie.
KASIMIRSKI. — Traduction du Coran.
-

Cette Bibliographie ne comprend que les ouvrages de référence générale.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

	Pages
I. De la Colonisation autrefois et aujourd'hui	3
II. L'Algérie avant la conquête française	13
III. Le Droit musulman	26
IV. Le Coran et le Code civil	41

DEUXIÈME PARTIE

DES MATIÈRES EXCLUES PAR LE CORAN

I. De l'Organisation de la propriété foncière :	
Historique. — La nouvelle loi foncière de l'Algérie.	
— <i>Les sources</i> : 1° L'Act Torrens : Immatriculation et purge; Régime hypothécaire; Crédit Foncier. Mobilisation du sol. — 2° La loi tunisienne : Immatriculation et purge; Régime hypothécaire; Crédit foncier, mobilisation du sol; Résultats obtenus par l'application de la loi tunisienne. — Le projet de loi soumis aux Chambres sur la propriété foncière en Algérie : Immatriculation et purge; Régime hypothécaire; Crédit foncier, mobilisation du sol; <i>Appendice</i> : Des licitations et partages	
II.	L'état civil des indigènes.
III.	La naturalisation
	51 151 155

TROISIÈME PARTIE

DES MATIÈRES TRAITÉES PAR LE CODE CIVIL ET LE CORAN

Pages

Statut réel mobilier. — Modes de disposition en général.	
— Successions, obligations.	161
L'Islamisation du droit civil.	175

QUATRIÈME PARTIE

DES MATIÈRES TRAITÉES D'UNE FAÇON DIFFÉRENTE PAR LE DROIT CIVIL
ET LE DROIT MUSULMAN

Statut personnel	193
CONCLUSION	206
BIBLIOGRAPHIE.	240
TABLE DES MATIÈRES	241

